



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en
resguardo del Interés Superior del Niño”**

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Susan Daniela Flores Guzmán

ASESOR:

Sánchez Chávez Jaime Elider

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Constitucional

LIMA-PERÚ

2017

Página del jurado

Márquez Moreno Jimmy Rómulo
Presidente

Aceto Luca
Vocal

Chávez Sánchez Jaime Elider
Vocal

Dedicatoria

Este trabajo de investigación quiero dedicarlo con todo el amor del mundo a las personas que me apoyaron incondicionalmente en la cristalización de mi objetivo de llegar a convertirme en una profesional, especialmente:

A mi tío Cesar H. Guzmán Aguirre que hoy por hoy ya no lo tengo a mi lado, pero sé que desde el cielo siempre guiara mis pasos. A mis padres Elsa y Adriano por su incansable lucha en la vida y por su digno ejemplo a seguir. A mí hermana Lisbeth por brindarme su apoyo. A mi tía Mirian por cuidarme y estar siempre pendiente de mí.

Agradecimiento

Dedico esta investigación a Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar; a mis padres quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad; a mi segunda madre mi abuela; mi tercera madre y no menos importante, mi tía; a mi hermana; a mis primos y a todos mis tíos; por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional que me han ayudado y llevado hasta donde estoy ahora. Por último y no menos importante a mi mejor amiga Roxana Querevalu que juntas hemos logrado cumplir hoy nuestra meta y a mi asesor de tesis el Dr. Sánchez Chávez Elider quién me ayudó en todo momento.

Declaración Jurada de Autenticidad

Yo Susan Daniela Flores Guzmán con DNI N° 70038455 a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, declaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi autoría
2. He respetado las normas internacionales de cita y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, duplicados, ni copiados y por tanto los resultados que se presentan en la presente tesis se continuaran en aportes a la realidad investigada.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, julio de 2017

Susan Daniela Flores Guzmán
DNI N° 70038455

Presentación

Señores miembros del Jurado:

El cambio sustancial de la ciencia, las innovaciones legislativas y jurisprudenciales en el derecho comparado, los recientes documentos internacionales es lo que ha hecho posible la realización de la presente investigación titulada: **Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño**, trabajo que se torna recompensado al saber que esta investigación llegara a manos de futuras generaciones y que se contara con más personas que conozcan y comenten lo aquí investigado.

En nuestro país resulta ser cada vez más progresivo el acrecentamiento del Derecho Genético; muchas tesis, conferencias, artículos así como la apertura de nuevas asignaturas en las universidades han determinado la imperiosa y apremiante obligación de trasladar a lo teórico las presunciones abstractas que usualmente suelen presentarse. La Biotecnología es constantemente innovadora y el Derecho no es ajeno a ella, más aún podemos decir que hoy en día el Derecho es quien busca una relación simultánea con la procreativa, siendo que el destino del hombre y de la humanidad está en riesgo.

Así, cumpliendo con la Ley Universitaria y el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, la investigación se ha organizado de la siguiente manera: en la parte introductoria se consignan los antecedentes y la formulación del problema, estableciendo en este, el problema de investigación, los objetivos y los supuestos jurídicos generales y específicos, la fundamentación científica, teórica y la justificación; en la segunda parte se abordara el marco metodológico en el que se sustenta el trabajo como una investigación desarrollada en el enfoque cualitativo, de tipo de estudio orientado a la comprensión a la luz del diseño de estudios de casos. Acto seguido se detallan los resultados que permitirá arribar a las conclusiones y sugerencias, todo ello con los respaldos bibliográficos y de las evidencias contenidas en el anexo del presente trabajo de investigación.

La autora

INDICE

Página del jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Declaración Jurada de Autenticidad	v
Presentación	vi
INDICE	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN	1
Aproximación temática	2
Formulación del Problema	38
Justificación del estudio	39
Objetivos	41
Supuestos Jurídicos	42
II. MÉTODO	44
2.1 Tipo de investigación	45
2.2 Tipo de estudio	46
2.3 Muestra	48
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	49
2.4.1 Entrevista.-	49
2.4.1.1 Guía de entrevista	50
2.4.2 Análisis de fuente documental.	50
2.5 Métodos de análisis de datos	50
2.5.1 Método inductivo-deductivo.	51
2.5.2 Método analítico	51
2.5.3 Método cualitativo o no tradicional.	51
2.6 Tratamiento de la información: Unidades Temáticas, Categorización	51
2.7 Aspectos éticos	54
III. RESULTADOS	56

3.1 Descripción de los resultados de la técnicas: Entrevista.....	57
3.2 Descripción de los Resultados de la Técnica: Análisis Jurisprudencial	69
3.3 Análisis de la legislación comparada	76
IV. DISCUSIÓN	88
V. CONCLUSIÓN	96
VI. RECOMENDACIONES	98
VII. REFERENCIAS	100
7.1 Fuentes Primarias	101
7.1.1 Entrevistas	101
7.2 Fuentes Secundarias	101
7.2.1 Referencias Metodológicas	101
7.2.2 Referencias Temáticas	103
7.2.3 Referencias Electrónicas	105
ANEXOS	107
ANEXO 01_Matriz de Consistencia.....	108
ANEXO 02_Ficha de Validación de Instrumento	110
ANEXO 02-A_Validación de Guía de entrevista.....	111
ANEXO 02-B Validación de Guía de entrevista.....	112
ANEXO 02-C Validación de Guía de entrevista	113
ANEXO 02-D_Validación de Guía de entrevista	114
ANEXO 02-E_Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial	115
ANEXO 02-FValidación de Guía de Análisis Jurisprudencial	116
ANEXO 02-G_Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial	117
ANEXO 02-H Validación de Guía de Análisis Legislativo	118
ANEXO 03_Guía de Entrevista	119
ANEXO 03-A_Guía de Entrevista.....	122
ANEXO 03-B_Guía de Entrevista.....	125
ANEXO 03-C_Guía de Entrevista	128
ANEXO 04_Guía de Entrevista	131
ANEXO 04-A_Guía de Entrevista.....	134
ANEXO 04-B_Guía de Entrevista.....	137
ANEXO 04-C_Guía de Entrevista	140
ANEXO 04-D_Guía de Entrevista	143

ANEXO 05_Guía de entrevista dirigida a Conocedores en la Ciencia de la Medicina y la Psicología	146
ANEXO 05-A_Guía de Entrevista.....	149
ANEXO 06 Guía de Análisis Jurisprudencial.....	152
ANEXO 06-A_Analysis Jurisprudential CAS N° 563-2011	153
ANEXO 06-B Análisis Jurisprudencial Sentencia Exp. N° 6474-2016.....	155
ANEXO 06-C_Análisis Jurisprudencial Sentencia Exp. N° 183515-2006.....	158
ANEXO 07	161
ANEXO 08	164
ANEXO 09.....	145

RESUMEN

La presente investigación, parte de la preocupación que se tiene debido a los casos que se han conocido de parejas que por diferentes causas no pudieron llegar a procrear directamente a sus hijos, y tuvieron que acudir a terceras personas en la búsqueda de auxilio utilizando alguna técnica de reproducción asistida como lo es la subrogación gestacional o mal llamada “vientre de alquiler” o “madre contratada”.

Dentro de nuestro país resulta ser un tema preocupante; toda vez, que no existe un ordenamiento jurídico especializado que regule las técnicas de reproducción asistida, por el contrario solo existen leyes dispersas a pesar de lo necesario que resulta una ley específica. Es por ello que nuestra investigación se ha realizado bajo el enfoque cualitativo, con un diseño no experimental, a efectos de estudiar situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador y que han sido reforzadas a partir de los resultados obtenidos durante el proceso de investigación. Se tuvo como objetivo general: identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño. Se tomó como base principal de análisis nuestra Constitución Política de Estado y asimismo el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842. Por otro lado las técnicas e instrumentos de recolección de datos que se utilizaron fueron la entrevista, el análisis de documentos y la legislación comparada. Para finalizar se pudo concluir que una las implicancias jurídicas que surgen dentro de la subrogación gestacional es la determinación filial como vínculo legal, de una realidad biológica presunta, así como también los daños ocasionados al desarrollo integral del menor ante la falta de identidad con sus orígenes.

Palabras Clave: subrogación gestacional, derecho de familia, derecho al proyecto de vida, Principio del Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

The present investigation, part of the preoccupation that is had due to the cases that have been known of couples that for different causes could not get to procreate directly to their children, and had to go to third persons in the search of aid using some technique of assisted reproduction as it is the gestational subrogation or badly called "belly of rent" or "contracted mother".

Within our country it turns out to be a worrying subject; At the same time, there is no specialized legal system that regulates assisted reproduction techniques; on the contrary, there are only scattered laws, despite the need for a specific law. That is why our research has been conducted under the qualitative approach, with a non-experimental design, in order to study existing situations, not provoked intensionally by the researcher and that have been reinforced from the results obtained during the research process. The general objective was to identify the legal implications of gestational subrogation in family law in order to safeguard the Higher Interest of the Child. Our Political Constitution of the State was taken as the main basis of analysis, as well as article 7 of the General Health Law No. 26842. On the other hand, the techniques and data collection instruments that were used were the interview, the analysis of documents and comparative legislation. Finally, it was concluded that one of the legal implications that arise within the gestational subrogation is the filial determination as a legal link, of a presumed biological reality, as well as the damages caused to the integral development of the minor due to the lack of identity with its origins.

Keywords: gestational subrogation, family law, right to life project, principle of the best interest of the child.

I. INTRODUCCIÓN

Aproximación temática

Los modernos descubrimientos de la tecnología y ciencia en el campo de la biotecnología han hecho posible el desenvolvimiento y adelanto de las técnicas de reproducción humana asistida, como una solución a los problemas de infecundidad e infertilidad que atraviesan las parejas en edad reproductiva de donde los estándares de reproducción que se tiene de los seres humanos son en consideraciones variables, lo cual dependerán en muchos de los casos de cambios culturales, biológicos y sociales.

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida es una realidad innegable en nuestro país, pues desde hace varios años la esterilidad es uno de los problemas de salud más frecuentes. Es algo referido no precisamente al individuo como tal sino más bien a la pareja en sí, por cuanto existen problemas que les impiden llegarse a convertir en padres, como la infertilidad u otros males congénitos, que lo que han hecho posible es que las ciencias médicas como la biología, la genética, la biomedicina descubran las llamadas técnicas de procreación humana asistida “auxilio” a tales males. Sin embargo, pese a ello no se tiene dentro de nuestro derecho positivo una regulación jurídica específica sobre la materia en discusión; en tanto que la regulación sobre las técnicas de reproducción asistida, así como el experimentar científicamente sobre el ser humano, necesitan contar con seguridad social y un amparo inmediato.

Los problemas que propone el desarrollo tecnológico al derecho resultan ser algo intrincados y conflictivos, en tanto que su solo planteamiento genera el desarrollo de cuestiones netamente éticas; las cuales ponen en eminente peligro el desarrollo de la propia vida humana.

El hecho de que se necesita una regulación en nuestro país es una cuestión innegable; y que esta regulación resulta ser de suma urgencia también lo es, más aun si se tenemos como antecedente nacional que el primer niño probeta nació en 1989, y que las técnicas se aplican actualmente en Clínicas de Fertilidad sin que medie ningún tipo de regulación. Es por ello que el que exista una regulación especializada resulta ser un reto para nuestro derecho en tanto que

necesariamente debe partirse de la sinonimia, de que la ciencia está al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio del desarrollo tecnológico.

Una de las obras más completas dentro de nuestro país en base a la reproducción humana es la de Rosario Rodríguez-Cadilla (como se citó en Varsi, 2013) de la cual tomare algunos datos de interés antes de entrar en un análisis jurídico, por lo cual se sabe que la corriente moderna estudia la esterilidad de forma conjunta, mas no de manera única. En tanto que más que una enfermedad, la esterilidad resulta ser un signo genérico subyacente, es decir una enfermedad endocrina o genital, que llega afectar el buen funcionamiento de sistema reproductivo.

Se calcula que entre el 10% y 15% en etapa de reproducción son víctimas de esterilidad primaria (no han concebido aun, pero cabe la posibilidad de que lo logren); de esterilidad secundaria (concibieron anteriormente), o de esterilidad absoluta (sin oportunidad de concebir). De lo cual en un 60% podrán procrear a través de un tratamiento de reproducción adecuado. (p. 394)

Tanto así que los problemas planteados dentro de la esterilidad y la procreación con teras, ha hecho factible que se utilicen con mayor frecuencia las técnicas de reproducción asistida, siendo que dentro de nuestro medio se ha generado un nivel de conocimiento y difusión bastante alto. Conforme lo indica Rosario Rodríguez-Cadilla (como se citó en Varsi, 2013) en el cual se tiene que:

El 86% de personas encuestadas conocen lo que es una inseminación artificial o una fecundación in vitro, y solo el 14% declaró no tener conocimiento. Resultados que demuestran que el 22.1% logro hacerlo a través de libros, revistas médicas o conferencias; el 38.1% artículos periodísticos, comunicación radial o noticias de casos reales; el 19.5% por algún filme y/o narración cinematográfica o televisiva; el 7.9% por algún caso cercano de familiares o amigos, y que únicamente el 12,4% nunca ha recibido información.

Por otro lado, el 60.5% se encuentra de acuerdo en que se le facilite artificialmente el encuentro del ovulo con el espermatozoide de su pareja a una mujer con problemas de procreación; el 28% se opone a este apoyo y es el 11.5 % que no descifra si admitir o no la inseminación artificial homologa. Respecto a la inseminación o fecundidad heterologa, es el 34.5% que está de acuerdo de que se le fecunde a una mujer con el semen de un donante en caso d que el marido resulte ser estéril; el 39.5% no lo admite; y el 26% no logra definir su respuesta.

Y en cuanto a dentro de la maternidad sustituta, el 34.5% se encuentra de acuerdo que se implante el embrión de una mujer que se encuentra imposibilitada de gestar y alumbrar en la matriz de otra mujer; el 38% piensa que no se debe aceptar si quiera esta posibilidad, y el 27.5% no sabe de qué manera pronunciarse ante esta situación. (p. 396)

Estas cifras revelan la realidad, interés y necesidad que el tema plantea, pues detrás de esas cifras existen personas, parejas y familias ansiadas de realizar su proyecto de vida y realizarse como padres de familia. Sin embargo, a pesar de estas cifras y lo que ellas revelan, sigue siendo una de las tantas problemáticas a la que nuestros legisladores le han dado poca importancia; quizás esta poca preocupación tenga que ver con el simple hecho de la falta de conocimiento que se tiene respecto al tema o tal vez porque aún se siguen cuestionando la contraposición de derechos y principios inherentes al ser humano

Por lo cual esta investigación pretende aportar en este debate suficiente información que aclare la perspectiva que se debe tener respecto al tema y la forma de cómo se debería abordar.

Según los especialistas Andorno, Arias, Chiesa y Martínez (1997) refieren que:

En los últimos años la ciencia ha mejorado tanto que se han podido realizar grandes cambios, en los mecanismos y tratamientos que aseguren la fertilidad tanto del varón como de la mujer, la tecnología ha sido usada en beneficio de las parejas que requieren de este tipo de servicios (p.134)

Son muchas las posiciones sobre qué tan legal es optar por este tipo de técnicas de reproducción asistida. En el Perú la problemática legal que este tema trae consigo es el vínculo filial que se generara a partir de la utilización de las técnicas de reproducción asistida: subrogación gestacional, he aquí la pregunta de ¿a quién le corresponde el mejor derecho de filiación?, ya que se verá el deseo incansable de una pareja a poder procrear y es entonces que buscan en estas técnicas la forma más próxima a la concretización a su sueño.

Ante ello nos preguntamos ¿qué sucedería con aquellas parejas que en principio confían en una mujer portadora que se compromete a ayudarlos en el desarrollo de esta técnica y llegado el momento esta se niega rotundamente a ceder al

nacido, por lo que huye con el estandó aun en el vientre?. Es entonces que nos damos cuenta que en definitiva no estamos preparados para este tipo de eventualidades, que acarrea afectación de bienes jurídicos tales como: el derecho a la familia, derechos reproductivos, derecho a la identidad biológica, al proyecto de vida, al bienestar, entre otros.

Por lo que, ante esta situación de la utilización de una técnica de procreación asistida homologa con intervención de tercero para la etapa gestacional, en la cual se suscitan los eventos antes mencionados es lógico que la pareja que dio su material genético (óvulo y espermia) y que luego de hacerse fecundado extracorpóreamente y se implanto ya con un embrión en el vientre de otra mujer a través de la fecundación in-vitro, reclame al nacido como suyo; pero que es lo que nuestro ordenamiento jurídico contempla en relación a la aplicación de este tipo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Veamos pues que desde el análisis jurídico de la única ley con la que contamos a nivel nacional de forma generalizada en temas genéticos, en cuanto a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida; su articulado séptimo resulta ser restrictivo en cuanto al derecho de reproducción, que es un derecho constitucional inherente al ser humano, y que desde la perspectiva desde la que se vea está ejerciendo una acción discriminatoria a la mujer, en tanto es conocido que no solo existe una única Teras, sino por el contrario existen muchas; además es ilógico lo que plantea la norma al pensar que en un 100% el uso de estas técnicas recaerían- en la misma persona-, que es lo que la ley claramente pretende que suceda o imagina que se da en la realidad. Lo que no ha tomado en cuenta esta ley es que la ciencia día a día implementa sus aportes en beneficio del ser humano, en tanto que el conocimiento científico no es estático el derecho tampoco lo es. En todo caso, la discusión sigue abierta.

Trabajos previos

Los trabajos previos o antecedentes nos permiten realizar un estudio de lo que anteriormente ya se ha estudiado sobre el tema tanto a nivel nacional como internacional. Esta investigación centrará el debate y estudio desde lo jurídico aun sabiendo que tiene componentes éticos, religiosos y morales.

Antecedentes Nacionales

La subrogación uterina no se encuentra regulado en ningún marco normativo ni tampoco se encuentra sancionado como un delito por el Código Penal en nuestro país, resultando necesario la promulgación de una legislación circunstancial a los ojos de varios expertos, teniendo en consideración que cada año se realizan un aproximado de 4.500 procedimientos, a la existencia de este vacío legal.

Nuestro país cuenta con iniciativa legislativa, conforme lo prevé el artículo 107° de la Carta Magna y el artículo 2° inciso c), 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República. De tal modo a través de esta iniciativa de estado se han podido proponer diversos proyectos de ley cuya finalidad busca se regule la subrogación gestacional o también llamada maternidad subrogada.

De tal modo fue el **Proyecto de Ley Nro. 1722/2012-CR** presentado por el congresista Zamudio Briceño del grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú (2012), cuya propuesta plantea. “Regular la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, prevención y tratamientos de enfermedades de origen genético, así también la utilización de gametos y embriones humanos crio conservados” (sesiones 2013/2014, p.1).

La propuesta legislativa del congresista Zamudio resulta de trascendente envergadura, en tanto que se debe reconocer que estas técnicas de reproducción asistida son de frecuente entre las parejas con problemas de esterilidad o en algunos casos se busca la eliminación de algún tipo de transmisión de enfermedad genética grave. Siendo que el Estado tiene el deber de reglamentar, inspeccionar y fomentar la salud, resultando ser de interés público no solo la protección de la salud poblacional, sino que además se debe tomar en cuenta el diseño de una política reproductiva apropiada y cierta.

Siendo que por el principio de reserva, nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella misma no prohíbe. De tal modo concluyó la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, por unanimidad/mayoritaria, recomendarse se conforme una comisión especial de estudio del

tema, con la finalidad de que se realice un análisis técnico más profundo y a su vez se proponga una formula normativa adecuada.

El **Proyecto de Ley Nro. 2003/2012-CR** presentada por el congresistas Elías Nicolás Rodríguez Zavaleta (2012), en representación de la Bancada Parlamentaria cuya propuesta giraba en torno a Declarar la legalidad de las técnicas de reproducción asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada conocida como “vientres de alquiler” .Esta propuesta protegerá a los integrantes de una unión de hecho o de derecho, dándoles la posibilidad de que puedan consultar su infertilidad a través de técnicas científicas de aporte reproductivo.

Esta utilización puede ser de forma heteróloga siendo la maternidad subrogada una aplicación de la misma, debiéndose tener en consideración que la única persona que lo podrá autorizar ser aun Juez de Familia y/o Mixto del lugar donde se sea solicitado, asimismo se deberá adjuntar una serie de requisitos que acrediten realmente la condición que alegan, teniendo que establecer la razón por la cual no se opta por otra técnica de reproducción asistida. Se establece que este proceso de autorización de uso de las técnicas de reproducción humana se hará a través de un proceso no contencioso.

Por su parte el **Proyecto de Ley Nro. 2839/2013-CR** presentado por el congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas (2013), en representación del Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional. A partir de esta propuesta legislativa se pretende regular una nueva modalidad de maternidad conocida como “maternidad sustituta parcial y altruista”, siendo entonces que esta propuesta busca modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, en donde se pretende un enfoque de consolidación hacia la familia, es decir, el respeto que se debe tener hacia la persona para ejercer su derecho a formar una familia, así como el de recurrir al tratamiento de su fertilidad siempre y cuando que ello no afecte ni contravenga el derecho del otro.

Siendo así que la modificatoria al texto legal se enfocaría de la siguiente manera: “La maternidad sustituta parcial y altruista se realizara con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la

fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptara de manera altruista la gestación del nuevo ser”

Lo que significa que la subrogación gestacional consistiría en la unión del ovulo con el espermatozoide de la pareja concomitante a través de la FIV, cuyo producto será el embrión ya fecundado y que luego será implantado al útero de la gestante subrogada.

Por otro lado, en 1996 se dio la elaboración de un Anteproyecto de Ley sobre de Reproducción Asistida, que contenía XV capítulos, siendo el Capítulo VIII el que hablaba acerca de la maternidad subrogada, en donde los acuerdos que se den, resultan ser inválidos. Y que para los casos de filiación esta se determinara a través del parto; para lo que solo queda posible la acción de reclamación del padre biológico a su paternidad, conforme las reglas generales existentes, dejando de lado la reclamación de la madre biológica a su maternidad para esta técnica de reproducción(Rospigliosi,2013,p. 685).

Pérez (2015).Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de Técnicas De Reproducción Asistida en el Perú (Tesis de Magíster). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú.

Esta investigación desde su estudio cualitativo concluye mostrándonos que en nuestro país, científica y jurídicamente, la persona humana obtiene protección desde la concepción garantizando sus derechos, esto es, reconoce el derecho a la vida e integridad física desde su inicio, el derecho de sucesión, etc. Siendo así que esta protección se aprecia tanto en la Constitución como en leyes de menor rango; por lo tanto cualquier atentado o manipulación en esta fase del desarrollo sería contraria a nuestras doctrinas y legislación vigente.

Es por ello que el jurista debe antecederse a una posible realidad, por lo que ante esta incongruencia entre nuestro sistema proteccionista de la vida y la legitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida, a través del art. 7° de la Ley General de Salud, resulta conveniente establecer unos límites a la aplicación

de las Técnicas de Reproducción Asistida, que busque en lo posible el mayor respeto a la dignidad de la persona (madre e hijo).

Cabe aclarar que no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral, ético y legal.

Otro antecedente nacional revisado es el trabajo de Carracedo (2015). La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido (Tesis de Bachiller). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

En esta investigación la autora concluye que la maternidad subrogada es una práctica común, aunque no esté visibilizada y que no debe ser prohibida por el Estado pues no vulneran la dignidad del embrión ya que este aun no es persona.

Carracedo añade que la maternidad llamada de alquiler no utiliza a la mujer pues la decisión de ser una madre sustituta es independiente y autónoma. Esta razón hace que su regulación sea necesaria y prioritaria pues deja en una situación de vulnerabilidad a la mujer y al niño, por sobre todo. Dicha regulación debe hacerse bajo el marco de los principios de la bioética.

Del Águila (2009). Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva perspectiva en el derecho de familia. (Trabajo de Investigación). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.

Considera que la reproducción asistida es una problemática que puede verse desde diferentes ámbitos, ya que no solo le compete opinar a un sector de la población, sino por el contrario debe ser conocida en su integridad por la sociedad, siendo que debemos tener en cuenta que la infertilidad resulta ser un impedimento que va en crecimiento y que con el avance de la ciencia ya se cuenta con soluciones efectivas.

Por ello los Comités de ética, los foros científicos de discusión, las asociaciones de protección de derechos de la mujer, etc. se encuentran en la capacidad de poder brindar un escenario apropiado para crear conciencia en cuanto a la

aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siendo necesario hacerle frente al problema, en toda su magnitud.

Antecedentes internacionales

En el plano internacional, se cuenta con la investigación de **Gallardo (2007) Contratación de Madre Subrogada. (Tesis de Licenciatura). Universidad de San Carlos de Guatemala, República de Guatemala.**

En esta investigación, la autora defiende su postura y concluye en lo siguiente:

Que la maternidad subrogada ocasiona demasiados dilemas éticos y legales, especialmente para la determinación de quien es la madre legal, debido a que se ven alteradas normas sociales y a su vez se ven creados enfoques legalmente distintos. En cuanto a la filiación materna se producen dos posiciones opuestas, una a favor de aquella madre sustituta y otra a favor de la madre que desea hacer crecer y cuidar al niño; por ello se trata es de prevenir que la maternidad subrogada llegue a convertirse en un industria comercializadora que intentara persuadir a todo individuo que participe.

Siendo así el derecho guatemalteco vigente considera que mientras no se establezca una regulación en cuanto al tema de maternidad subrogada, para que un niño que haya sido producto de un arreglo de subrogación maternal se le considere como hijo distinto de la que lo alumbró y por tales efectos se presumirá hijo del marido, para lo cual deberá efectuarse una posterior adopción.

Santander (2012).El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? (Tesis para Licenciatura).Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Las críticas sobre la maternidad subrogada recaen en la particularidad que presenta este tipo de técnica de reproducción asistida a través de su variante contractual, y que exige que nos preguntemos si la libertad de procrear se encuentra disponible a todos o si su ejercicio queda restringido a la dignidad del menor y de la mujer gestante. Siendo que ante la existencia del derecho a procrear en Chile, este se encuentra fundamentado en la teoría del derecho

adscrito y con ello la conexión con otros derechos fundamentales reconocidos claramente por su constitución. Se cree que a través de la maternidad subrogada se protege el derecho a la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad, intimidad y el consentimiento de las partes que intervendrán.

Rail (2010). Procedencia de la Maternidad Gestional Subrogada en el Régimen Constitucional Chileno. (Tesis para Licenciatura). Universidad Austral de Chile. En síntesis a las conclusiones que llega el autor dentro de su investigación es que:

Dentro del derecho civil, la filiación resulta ser una de las controversias más relevantes que se plantea acerca del origen de la maternidad gestacional subrogada, que la condición de maternidad recaerá en dos mujeres distintas; por lo tanto, resulta algo complicado posicionar la maternidad gestacional subrogada dentro de la filiación tradicional, en tanto que la filiación con base genética que establece el marco normativo resulta siendo insuficiente frente a los adelantos gigantescos de la ciencia; por lo que se debe dar la filiación facultativamente basado en la voluntad de procrear.

La doctrina chilena resulta uniforme al sostener que el contrato de maternidad gestacional subrogada es nulo, por cuanto lo que se pretende con este acto contractual es transformar a la persona en objeto y no sujetos de derecho, atentando contra la dignidad del ser humano.

Bermúdez (2016). El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada. (Tesis para Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

Concluye precisando que es necesario una reforma constitucional y civil, siendo necesario en vista de los cambios surgidos en el ámbito de la ciencia y de la biotecnología, instituciones como la familia se verán transformadas; y por ello, resulta exigible una ley que regule los avances sociales. En tanto que se considera necesario que la filiación no solo sea determinado a través del nacimiento es decir de la cúpula carnal o de la adopción, sino que además se debe orientar el vínculo jurídico a la madre o padre que tienen la voluntad de

procrear constituyendo esto un elemento determinante del estado familiar y por tanto a deber ser incluido dentro de nuestro derecho interno.

Que de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación, asume que el marco regulatorio ecuatoriano no debe dejar de lado la práctica de la subrogación gestacional a parejas de mismo sexo, pues es aquí el único medio que tienen para poder procrear con características biológicas de los propios intervinientes, siendo que lo que se busca es un estado garantista dentro de una sociedad plural.

Santamaría y Paucarima (2011). Filiación del nacido vivo en un vientre de alquiler. (Tesis para Titulación).Universidad Técnica de Cotopaxi, Ecuador.

Después de haber analizado los resultados obtenidos de su investigación llegaron

a concluir que los magistrados civiles de la ciudad de Latacunga no tienen conocimiento de la existencia de una norma legal que determine la maternidad subrogada, a su vez no consideran que debe ser tomada la maternidad subrogada como una alternativa de solución a problemas económicos de necesidad o provecho de la mujer que se somete a gestar al embrión, además no consideran que deba darse entre parejas del mismo sexo, por el contrario tiene y debe de ser con parejas heterosexuales, que hayan contraído matrimonio o al menos tener una conciencia de dos años.

Por cuanto ven necesario que se realice una reforma en la legislación, que agregue una normativa tendiente a regular al nacido en un vientre de alquiler en el distrito ecuatoriano.

Se puede apreciar desde lo hasta aquí interpretado que es amplia y variada los estudios preliminares y en muchos casos concluyentes que se han realizado sobre el tema a investigar. Ello muestra como resultado que la subrogación gestacional debe evaluarse a partir de lo que se debe hacer y no por el contrario lo que no se debe hacer. En todo caso, la discusión tiene que abordar todos los aspectos que comprende la subrogación materna: familiar, social, jurídico, político, económico, comercial, ético, religioso y moral. Dada la vastedad del

tema, desde nuestra investigación aportaremos en la discusión jurídica y legal que esta genera. ,

Todo lo que anteriormente expuesto ha servido sin lugar a dudas para establecer la urgente necesidad que se tiene de que se dicten normas especiales que legalicen el avance de la genética dentro de nuestro medio, teniendo en cuenta que la influencia que tiene esta ciencia es muy variada y amplia dentro de su contenido.

Teorías relacionadas al tema

En esta sección, se hace referencia del Marco Teórico de la investigación, la cual sustenta a nivel conceptual y temático el estudio planteado y la problemática que en ella subsiste. Las teorías expuestas están relacionadas a la subrogación gestacional como una técnica de reproducción asistida, el derecho a una familia (derechos reproductivos) como la realización del proyecto de vida y el principio del interés superior del niño.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Para el especialista peruano Varsi (2001) estas técnicas tienen historia, por ser un método muy antiguo para enfrentar la infertilidad y que en un principio fue aplicado en animales y vegetales (pp.254-256).

En el Perú fue recién a fines del siglo XX y comienzos de este ciclo que empezó la discusión doctrinaria y jurisprudencial, siendo que en esos años legislar esta innovación en el Código Civil Peruano de 1984 era imposible ya que en ese entonces el estudio que se tenía de la materia era escaso (Sessarego, “prólogo” en Varsi, pp. 42-43).

Actualmente no contamos con una normatividad especial que resguarde las técnicas de concepción artificial, ya que doctrinariamente los estudios comenzaron a finales del siglo XX e inicios del presente y jurisprudencialmente nuestros órganos de justicia han resuelto solo unos cuantos casos con relación a la subrogación gestacional; pudiéndose decir que el conocimiento que se maneja del tema es nuevo. Por lo que resulta necesario para nuestra investigación el uso de fuentes nacionales y extranjeras.

Son aquellos mecanismos técnicos que ayudan a reemplazar la infertilidad en hombres y mujeres, facilitándoles la oportunidad de poder tener prole. El uso de estas técnicas no simbolizan ser un tratamiento que con el tiempo lograra erradicar el mal, sino que lo único que logran es mitigar los efectos de la infertilidad (Varsi, 2001, p. 253)

Por su lado, la jurista argentina María Victoria Famá manifiesta que la fertilidad asistida compromete diferentes tipos de procedimientos para llegar a generar vida humana tanto por los que se logra fecundación sin acto sexual o por aquellos que no se descarta utilizarlo, necesitando la ayuda de la medicina para lograr la gestación (Famá, 2009, p. 45).

En consecuencia este tipo de procedimientos o técnicas son empleados por expertos de la salud en hombres y mujeres infértiles o que puedan padecer de algún mal congénito, con el único objetivo de que estos puedan llegarse a convertir en padres en un futuro.

El jurista chileno Corral Talciani refiere que la justificación para el uso de las técnicas de reproducción asistida se evoca en el derecho que posee la pareja afectada por su infertilidad a solicitar acciones médicas que pongan fin a esa limitación (Corral, 2005, p. 248).

Actualmente se sigue señalando que la justificación para el uso de estas técnicas recae en que a través de ellas se corrige la infertilidad humana. Siendo que se sostiene que las principales legislaciones europeas parten de la infertilidad como aquel trastorno anatómico y fisiológico del ser humano o de la pareja. Asimismo “la infertilidad asume una actuación primordial siendo que se encuentra supeditado el acceso a las técnicas de fertilización por las parejas (cónyuges o convivientes) o, en algunos sistemas como el español solo de la mujer (Busnelli, 2003, p. 152).

Aplicación de las técnicas de procreación

El inicio de la utilización de estas técnicas fue en el año 1978, con el origen de la primera bebé probeta (Louise Brown - Gran Bretaña) a través de la técnica de fecundación in vitro, quedando con ello probado que se podía suscitar la

concepción de un ser humano fuera del vientre de una mujer, bajo el ojo supervisor de la ciencia y la medicina (Cabra, 2008, p. 122)

Fue entonces que en 1981 nace la segunda bebe probeta, Amandine; y en 1984 el primer bebe de un embrión congelado, Zoe cuyo significado es “obsequio de la vida” (Varsi, 2001, p 256)

En 1992, investigadores científicos belgas lograron desarrollar un método que sobrepaso todos los casos más insólitos de infertilidad varonil y se logró gracias a una inyección directa de un espermatozoides en el citoplasma del ovulo (ICSI) (Talavera, 2010, p. 35)

Con respecto a la subrogación gestacional, el acontecimiento más evidente fue el caso “Baby M” suscitado en los Estados Unidos en donde la madre gestante Mary Beth Whitehead, quien fue fecundizada con el espermatozoides del señor William Stern, no quiso entregar él bebe después de que naciera, pese habersele pagado una fuerte cantidad de dinero, lo que produjo que los esposos exigieran judicialmente la entrega del niño. Por lo cual la Corte de Nueva Jersey declaró legalmente a la niña hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern, decisión fundada en el interés superior de la menor, siendo que la menor residiría en el matrimonio de los Stern, pero que la madre subrogada – que era madre genéticamente- le correspondía el derecho de visitas (Chabas, Francois citado por Varsi, 2001, p. 256)

Actualmente, las técnicas de reproducción humana se han aplicado con o sin una norma y con mucho éxito. Por ello se tiene que desde 1978 al 2006 las cifras ascienden a tres millones de niños en el mundo por estas técnicas. En España, se han alumbrado 90, 000 mil niños en los años treinta. Francia supera estas cifras considerablemente pues en el 2006 se reportaron 20, 042 mil niños nacidos por técnicas de fertilización (Talavera, 2010, p. 35) ´

En nuestro país Lalupú (2013) sostiene:

“no existen, a nuestro conocimiento, cifras oficiales que den cuenta de la extensión de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, del estado de su desarrollo, así como del número de nacimientos a consecuencia de la medicalización de la procreación”. (p. 56)

Debe señalarse, que dicha inadvertencia nos hace imposible que podamos determinar con exactitud la cantidad de nacidos mediante estas técnicas, su nivel de crecimiento y quienes lo necesitan. Evidentemente en nuestro país no existe ningún tipo de registro que sea manejado por el Estado, respecto a este sector procreativo, generando consecuencias jurídicas y éticas dentro de la vida humana, lo que resulta ser una inseguridad, ya que ello abre la posibilidad al tráfico de niños.

Clases de técnicas de procreación

Las técnicas se clasifican en Inseminación Artificial (IA) y Fecundación Extracorpórea (FEC) o Fecundación In Vitro (FIV).

A. Inseminación artificial

Es una técnica procreacional que consiste en inyectar en los órganos genitales femeninos el espermatozoides del hombre, sin la necesidad de tener acceso carnal (Talciani, 2005, p. 215).

Dicho de otro modo “previa extracción del espermatozoides, este es alojado en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente dentro del útero (inseminación intrauterina)” (Zannoni 2002, p. 513). Se explica que este procedimiento puede darse con el semen del marido o el de un donante, clasificándose en:

a. Inseminación Artificial Homóloga o Interconyugal (IAC)

Aquí el procedimiento se hará con el material genético de la propia pareja interviniente, es decir, que el esposo o pareja permanente, en uniones de hecho es quien aportará el semen. Este tipo de inseminación no genera mayor complicación, en cuanto que no se ven transfigurados los roles paternos ni la identificación del concebido.

Este tipo de casos suelen suscitarse muchas veces cuando pese a ser ambos cónyuges fecundos la procreación no se logra de forma natural a través del acto sexual. Ello debido a la impotencia sexual del hombre o al vaginismo de la mujer, u otro tipo de anomalía en el cuerpo de las parejas tales como alteraciones endocrinas o de asimilación, segregación

vaginal que matan los espermatozoides y es por ello se recomienda una inseminación intracervical, o alteraciones del cuello del útero (Zannoni, 2002, pp. 523-524).

b. Inseminación Artificial Heteróloga o Supra conyugal (IAD)

Aquí el rol protagónico lo asume un tercero ajeno a la relación conyugal, al cual se le llamara “donante”

Este tipo de inseminación artificial se practica básicamente cuando el marido resulta ser estéril - azoospermias o necropermias -o en el caso de incompatibilidad de factor RH; inclusive aun siendo fértil este es portador de anormalidades cromosómicas transferibles (Zannoni, 2002, p. 514).

Este tipo de fecundación heteróloga es el que produce mayor cuestionamiento jurídico, ético, sociológico, religioso, esto es debido a que el material genético que interviene en esta fecundación corresponde a un tercer ajeno, lo cual rompe el principio de identidad genética que debe existir entre los padres biológicos y su procreación, al igual que las relaciones filiales y demás derechos conexos derivados de esta.

Este tipo de inseminación crea situaciones de inseguridad en tanto que al estar en el anonimato la identidad del cedente, se rompe todo tipo de relación jurídica que pudiera general alguna obligación (alimentista), derechos sucesorios, reconocimiento (Varsi, 2001, p. 259).

A. Fecundación extracorpórea o Fertilización In Vitro (FIV)

Aquí se extraerá un ovulo de los ovarios de la mujer para que se proceda luego a la fertilización de este con el espermatozoide del varón en un método extracorpóreo (capsula de Petri). De forma complementaria la FIV presenta la transmisión de embriones (TE), consistente en trasladar uno o más embriones fecundados al útero de la mujer para que ahí se produzca la gestación (Talciani, 2005, p. 215).

Por otra parte, esta técnica suele ser utilizada en caso de impedimento en las trompas de falopio -obstrucción tubárica- que impide que el ovulo y el espermatozoide puedan encontrarse a través del acto sexual, situación en que

corresponde, la extracción de óvulos para ser fecundados con el espermatozoide del marido o de tercero previa superovulación en la mujer.

De hecho la extracción de los óvulos se logra hacer a través del empleo del laparoscopia (laparoscopia), aunque también puede usarse el método de punción folicular que sirve para succionar los óvulos por medio de la ecografía, con lo cual se podría evitar la cirugía laparoscópica (Zannoni, 2002, pp. 514-515).

a. Transferencia Intratubárica de Embriones (TE)

Será dada de forma directa a las trompas de falopio y no al útero; por lo que según el nivel de crecimiento del cigoto recibe diversos nombres: PROST si es un embrión de 24 horas, esto es que el espermatozoide y el óvulo aún no se han encontrado; ZIFT si es un cigoto de 36 horas; TET si tiene ya dos días; entre otras más según sea el tiempo que haya transcurrido (Talciani, 2005, p. 215).

b. Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG-GIFT)

Consiste en poner dos óvulos en cada trompa de falopio, los cuales han debido ser extraídos previamente mediante laparoscopia, y espermatozoides que los fecunden en las propias trompas, lugar donde originalmente suele darse la fecundación (Zannoni, 2002, p. 515).

c. Inseminación intercitoplasmática o inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSI-ICSE)

Consistente en inyectar –mediante una aguja de un diámetro micrométrico- un único espermatozoide en el citoplasma del óvulo. Esta técnica también es conocida como la transferencia de ovocitos pre nucleados a las trompas de falopio (prenuclear stage transfer, o PROST) a través del uso de la laparoscopia, con un tiempo no mayor de 24 horas de la fecundación extracorpórea (Zannoni, 2002, p. 515).

Maternidad subrogada

En el tema de la subrogación de útero o materna, son varias las definiciones y criterios que se vinculan y deben relacionarse con la finalidad de brindar una

explicación clara que nos permita tener una opinión próxima de lo que se está hablando, ya que definiciones como familia, concepción, innovadoras técnicas en las que la mujer puede fecundar artificialmente para engendrar y concebir un hijo que genéticamente es distinto a ella, además de otros aspectos, todo ello con la finalidad de determinar de forma precisa el nuevo origen de la vida y de quien o quienes se deriva la misma.

Lema (1999, p.137) ha sido el autor que ha catalogado nominalmente la maternidad subrogada, así él señala que a esta figura se le conoce también como alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporal de útero, gestión por cuenta ajena, madre portadora, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad suplente, entre otras denominaciones.

De acuerdo al Informe presentado por la Comisión Warnock en 1984 al parlamento británico y que hasta hoy en día constituye una de las normativas más completas que rige la materia en ese país, lo determina como “La práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño, para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca” (Corral, 2005, p. 218)

La fecundación que se lleva a cabo a través de esta técnica se puede realizar a través de diferentes modos: aporte del material genético de la pareja comitente, o por uno de ellos, o por terceros, o según como convengan.

Por su parte, Sesta (2002) considera que la maternidad subrogada es aquella donde una mujer acoge la responsabilidad de gestar un bebe por cuenta de una pareja estéril, con la que se compromete a entregarle el niño tras el nacimiento; la fecundación puede darse con el semen del marido de la pareja comitente o por el contrario puede darse la implantación del embrión ya fecundado extracorpóreamente. Para hablar del primer supuesto de fecundación estaríamos haciendo mención a una maternidad subrogada o de madre de alquiler; sin embargo, para el segundo, sería la maternidad portadora o alquiler de vientre (pp. 118-119).

En consecuencia el citado autor hace una distinción entre maternidad subrogada o madre de alquiler de la maternidad portadora o alquiler de vientre, en la medida del aporte que esta madre gestante puede proporcionar, es decir, si es que el proceso de fecundación se dio con óvulos propios estaríamos ante la maternidad subrogada o madre de alquiler y si por el contrario solo ha recibido el embrión para gestarlo, sin tener que intervenir genéticamente, hablaríamos de una madre portadora o alquiler de vientre.

Opinión que no comparte el jurista argentino Zannoni (2002) quien sostiene que la verdadera subrogación o maternidad sustituta se da cuando no hay aporte de gametos propios para ser fecundados. Así refiere “la verdadera subrogación admite embrión ajeno para implantación en el útero” (pp. 540-541).

Otra parte de la doctrina, como el jurista colombiano Alarcón considera que los dos supuestos deben ser considerados maternidad sustitutoria al señalar que la expresión de este fenómeno de la maternidad por remplazo se resume en dos alternativa; primero que la mujer que gesta y alumbra ha contribuido genéticamente pero que ha convenido entregar al menor después del nacimiento a la pareja concomitante, segundo que la mujer que gesta y alumbra no ha intervenido biológicamente y ha convenido entregar al menor después del nacimiento a la pareja comitente (Alarcón, 2002,p.126).

En el Perú, la profesora Morán de Vicenzi (2005) estima que la expresión “maternidad subrogada o madre de sustitución” no solo comprende una particularidad o grado de participación de la mujer en el procedimiento procreacional de otra mujer (p.169).

Así se tiene como primera modalidad a lo que se denomina locación o alquiler de útero, en la medida que se acuerda gestar un feto ya formado, de forma parcial o total, en cuanto a la intervención de los gametos de la pareja concomitante, responsabilizándose a entregarlo después del nacimiento(Varsi, 2010,pp. 249-250).

En consecuencia la intervención de la mujer solo se limitara a la gestación de un embrión con el cual no comparte ninguna relación biológica, comprobándose la separación entre maternidad genética y uterina.

La segunda modalidad es la llamada maternidad subrogada, en la que no solo se aprecia el proceso gestacional, sino que además se fecundara con el semen del marido de la pareja comitente. En este caso la expresión de “maternidad subrogada” resulta ser equivocada, en la medida de que en la sustantividad esta mujer resulta ser la madre biológica y no podría sustituir a quien no lo es (Varsi, 2010, p.248).

Por su parte, Jiménez (2010) define a la subrogación gestional como la técnica de reproducción asistida que se realiza fuera del útero, ya sea con el código genético de la persona contratante o de terceras personas. Esta técnica tiene las siguientes formas: a) madre portadora (mujer que puede generar óvulos, pero no puede gestar), b) madres sustituta (aquella mujer que no genera óvulos, pero tampoco puede gestar), c) ovodonación (aquella mujer que no produce óvulos pero que si puede gestar) (p.351).

La gran discusión jurídica y doctrinal que plantea la subrogación materna está referido a la filiación, la que puede darse de tres tipos: filiación biológica, jurídica o por adopción. Todas ellas no se salvan de ser cuestionadas, observadas y en algunos casos judicializadas cuando las partes no se ponen de acuerdo.

Tipos de gestación subrogada

A. Gestación parcial, tradicional o subrogación lineal

Fue este el primer tipo de gestación existente, pero cada vez es empleado con menos frecuencia. En este proceso la madre genética es la madre biológica del embrión engendrado, la técnica que se utiliza es la inseminación artificial, que puede darse con el semen de su marido o el de un tercero; el proceso a utilizarse es muy sencillo, la mujer se realiza una ligera estimulación ovárica que controla el ciclo ovárico, siendo que al momento de la ovulación es ahí donde ese deposita el semen del futuro padre. Como ya se dijo esta técnica era utilizada con un inicio por su sencillez, pero ahora ya se ha dejado un poco de lado,

porque a través de la utilización de esta técnica se crea un vínculo biológico entre el bebé y la gestante, lo cual conlleva a generar una problemática tanto ética como legal en los casos en que la mujer desista de renunciar al niño.

B. Subrogación gestacional, completa o total

La gestante solo actúa como tal, sin la necesidad de aportar sus óvulos. El bebé que alumbrará será hijo genéticamente de los padres intencionales (o de donantes en caso de que se haya necesitado de ellos), por lo cual de ella no se desprenderá ninguna relación biológica.

Los óvulos serán fecundados en el laboratorio con los espermias del marido o de tercero, a través de la FIV o ICSI, y el producto del embrión será implantado en el cuerpo de la gestante.

Teóricamente este proceso se desarrolla igual que la FIV, la gran disimilitud recae en que la transferencia embrionaria se le hace a la gestante en vez de la madre biológica

Figura 01: Gestación subrogada tradicional y gestacional



Fuente: Elaboración propia

Además, la gestación subrogada puede dividirse dependiendo de si es que la gestante percibe o no algún tipo de compensación económica para llevar a cabo el proceso:

Altruista o desinteresada

La gestante no recibirá ningún tipo de pago económico por someterse al proceso gestacional; sin embargo, se pueden asociar los gastos relacionados con el embarazo (ropa de maternidad, atención médica, alimentación, etc. Que deberán

ser cubiertos por los padres de intención. Los casos más comunes son aquellos dados entre familiares y amigos cercanos.

Comercial o con compensación

La gestante recibirá una contraprestación económica por las molestias que hubiera implicado el embarazo (físico y emocional), además de los gastos relacionados con la gestación, que deberán ser pagados por la pareja intencional.

Los Derechos Reproductivos

En relación a los derechos reproductivos Varsi (2001) hace mención a determinadas facultades que este derecho les otorga a las personas.

En cuanto al goce de la salud física y mental; la aproximación a condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva sin que medie algún tipo de coacción; el poder decidir de forma libre y responsable la cantidad y el espaciamiento de sus hijos; tener el acceso a la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo; y que sean las instituciones de salud quienes se encarguen de vigilar el cumplimiento de los principios en todas las fases de la atención.(p.143)

Asimismo si se quiere abordar el contenido del derecho a constituir una familia es importante partir del estudio de los derechos reproductivos como un ingrediente esencial en su desarrollo y efectiva eficacia.

Una de las particularidades de los derechos humanos es que son dinámicos y que están en constante crecimiento en mérito de los requerimientos de los grupos humanos apartados de la seguridad o que debido a los adelantos del entendimiento humano (Facio, 2008, p.17)

Manifiesta también que en el desarrollo de los derechos humanos, se ha ido evolucionando y extendiendo el contenido de cada uno de ellos, siendo que también al mismo tiempo se han incrementado nuevos derechos como parte global e inseparable de los derechos humanos ya reconocidos.

Fue en la Conferencia Mundial sobre la Población y Desarrollo, que se celebró en el Cairo (1994), donde se aprobó la expresión “derechos reproductivos”, para denominar a los derechos humanos que se encuentran vinculados con la salud reproductiva, la población y el desarrollo.

El Grupo de Información en Reproducción Elegida- GIRE procura fomentar un concepto entendible. “Esto significa que los derechos reproductivos desligan de los derechos humanos básicos y comprenden primordialmente el derecho de libertad reproductiva y el derecho a la voluntad de la salud reproductiva” (GIRE, 2015, p.9).

Mientras que por su parte Ávalos expresa que la definición de derechos reproductivos y sexuales debe perfeccionarse con la idea de “justicia reproductiva”, la cual une a los derechos reproductivos con la justicia social, permitiendo así que las personas puedan gozar de aquellos recursos sociales, políticos y económicos que les sean necesarios para que puedan disponer de su cuerpo y de su familia (Ávalos, 2013, p. 2267-2269)

Admisión de los Derechos Reproductivos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Después del origen de la Organización de las Naciones Unidas, y tras la aprobación de documentos internacionales sobre la defensa a los derechos humanos, que resultan ser esenciales, no únicamente dentro de los Estados donde constitucionalmente están reconocidos, sino también internacionalmente, constituyéndose derechos supra- estatales (Ferrajoli, 2001, p. 40).

Estos derechos reproductivos de los cuales se hablan no se encuentran en una legislación especial; sin embargo, dentro del derecho internacional, si se habla de ellos y hasta son conceptualizados:

a. Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán

El reconocimiento de estos derechos reproductivos a nivel internacional, se originó con la esta conferencia realizada en Terán en 199, en donde de admitió la Proclamación de Terán, en cuyo artículo sexto establece: “La comunidad

internacional debe seguir custodiando a la familia y al niño, siendo los padres los únicos que pueden determinar libremente el número de hijos y los espacios entre sus nacimientos”

Siendo que fue así que por primera vez se reconoció el derecho a la libertad reproductiva para que pudieran determinar cuándo y cuantos hijos tener.

b. Convención sobre la eliminación sobre todas la Formas de Discriminación contra la Mujer

Se le conoce como CEDAW, se aprobó por la Asamblea General de la ONU, a través de Resolución 34/ 180, de fecha 18 de diciembre de 1979; y entró en eficacia el 3 de setiembre de 1981. Su objetivo principal conforme a su artículo 1°, en el que precisa se excluya todo tipo de diferenciación, marginación o separación basada en el sexo, que disminuya o deteriore los derechos humanos y autonomía de la mujer.

Su artículo 16° en reconocimiento y protección de los derechos reproductivos dispone:

1. Los Estados Partes acogerán todos los mecanismos de protección para excluir la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, específicamente garantizaran, condiciones de equidad entre hombres y mujeres:
El igual derecho para contraer matrimonio
El igual derecho para elegir independientemente al contrayente y contraer nupcias únicamente por libre decisión y con plena aprobación;
[...] Los mismos derechos a disponer independientemente y de forma consecuente la cantidad de hijos y el tiempo en que los quiere tener y así mismo tener acceso a la información, la instrucción y el modo por el cual se hará posible el acceso a ejercer estos derechos [...]
2. No tendrán consecuencia legal los esponsales y el matrimonio de niños y se admitirán todos los mecanismos necesarios, incluso de carácter normativo, para determinar la edad en que deberá celebrar el matrimonio y hacer imperativo la anotación del matrimonio en un registro oficial.(CEDAW,1919, p. 17)

Esta convención crea una herramienta jurídica para el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello el que se reconozca a la mujer el derecho a disponer sobre la cantidad de hijos que desea tener y el intervalo de tiempo que desea entre cada uno para su nacimiento y que se cuente con información

adecuada en materia reproductiva es lo que obliga a los Estado a que incluyan este derecho dentro de sus legislaciones internas.

c. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Programa de Acción.

La CIPD reconoció a la salud reproductiva como:

Una condición general de tranquilidad física, social y psíquica, y no solo de ausencia de enfermedades o males, en todos los aspectos vinculados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En efecto, la salud reproductiva se centra en la idoneidad que se tiene para gozar de una vida sexual placentera y sin riesgos de poder llegar a procrear, y la autodeterminación para determinar si hacerlo, cuando se quiera y con la frecuencia que se crea necesaria. (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994)

El Programa de Acción de El Cairo determina a los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos indicando que:

Se encuentran apoyados en el estudio del derecho básico de todas las parejas e individuos a disponer independientemente de la cantidad de hijos, el espacio entre sus nacimientos y la forma de como tenerlos, y disponer de la información y de los recursos indispensables para ello, y el derecho que se tiene de alcanzar el nivel más alto de salud sexual y reproductiva. (Programa de Acción de El Cairo, 1998,p. 192)

d. Conferencia Mundial de la Mujer y la Declaración y Plataforma de Acción Beijing

En el artículo 17° se hace reconocimiento expreso y se ratifica el derecho de todas la mujeres a poder controlar de manera total sus aspectos de salud, en especial lo que tenga que ver con su fecundidad, que resulta ser fundamental para la defensa de su papel. (Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, p. 3)

Esta Plataforma de Acción tiene como propósito ensalzar el poder e independencia de la mujer dentro de la sociedad, eliminado toda clase de impedimento que limite su participación dentro de la vida y privada.

El Derecho a fundar una familia como derecho reproductivo

Las distintas Constituciones Políticas del Perú han reconocido progresivamente los derechos humanos, por cuanto podemos decir que su crecimiento ha ido de la mano con la transformación del constitucionalismo.

La actual constitución si consagra el derecho a la maternidad y paternidad, en el cual se reconoce como uno de los derechos sociales y económicos.

El artículo 6° que señala que:

El Estado tiene como objetivo propagar y fomentar la paternidad y maternidad consecuente. Contempla el derecho a decidir. Siendo que lo que busca es garantizar espacios de instrucción y proporcionar una correcta información permitiendo el acceso a mecanismos de ayuda, que no dañen la vida o la salud. A su vez en los padres recae la responsabilidad de sustentar, instruir y dar protección a su descendencia [...]. (Constitución del Perú, 1993, p. 5)

Configuración del Derecho

Los derechos fundamentales son pertenecientes a todas las personas, por la sola condición de ser personas, siendo que se debe asegurar la vigencia practica de estos derechos, a través de regímenes jurídicos que logren proteger su desarrollo y respeto, a través de leyes que los resguarden o el impedimento con la finalidad de dañar su ejercicio(Ferrajoli, 2001, p.19).

De allí pues, que el derecho a establecer una familia constituye un derecho que puede ser ejercido de forma personal o en pareja. Según Martínez(2007) se encuentra condicionado por tres supuestos a saber: Primero La decisión que se ha de tomar debe ser libre sin que medie ningún tipo de coerción; segundo hay que actuar con responsabilidad teniendo claro que se debe proveer la consecuencia que genere la decisión tomada, debiendo hacerle frente a ella y, por último la decisión que se tomara será de forma responsable si es que se tiene información eficaz, autentica y científica(p.304-305).

Gómez (1993) interpreta. “En la esfera del derecho humano no encaja el derecho a procrear; por el contrario lo que si se ajusta a esta consideración es el ejercicio

responsable de la función procreativa, esto es el derecho a establecer una familia” (p.41).

Sin duda, con lo expuesto, queda más que claro que el derecho a conformar una familia se desprende del derecho a tomar decisiones autónomas, consecuentes y orientadas sobre la vida reproductiva.

Evidentemente es de entenderse que desde estos conceptos, dentro los derechos reproductivos no está solamente de por medio la intención que tenga el ser humano, sino la predisposición que tenga el Estado para impulsarlos, buscando así que por medio de él se establezcan normas y disposiciones claras de protección especial.

Derecho a la familia

Todos tenemos derecho a la protección de la Familia, ya que es ella el elemento natural y fundamental de la sociedad y el Estado contemplado en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969).

Para Rodríguez (1990), la familia de la urbe occidental (costa), ofrece tendencias de orden nuclear. Es pues de carácter monogámico. Para ella el matrimonio más que un proceso es un acto formalizado ante el alcalde que representa a la comunidad y a la ley. Este tipo familiar se funda en la fidelidad, cohabitación y asistencia, aun cuando en la práctica hay indicios suficientes de la existencia de una crisis. Tal matrimonio provoca efectos personales y patrimoniales regulados por el Código Civil que data de 1984. La prole está sujeta, hasta los dieciocho años, a la patria potestad, y el vínculo civil parental se extingue en el cuarto grado colateral.

La familia de nuestra urbe occidental está manifiestamente influenciada por el derecho canónico (cristianismo), el derecho romano, y en menor cuenta por el derecho germano, sino también del semita. Tiene reminiscencias del viejo derecho de Castilla trasladado a América en el periodo colonial (p. 60).

Luego de presentar los antecedentes y el marco teórico de la investigación, así como la aproximación temática, a continuación se plantean los siguientes problemas de investigación.

Maternidad

Proveniente del latín maternus. Es el estado o condición de madre. Siendo el requisito natural y necesaria de reproducción que permitirá la conservación del ser humano (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2002, pp. 32-34).

Paternidad

“Proveniente del latín paternitasatis, que especifica la condición de padre. La paternidad tiene distintos efectos jurídicos: vínculo filial, a los alimentos, la patria potestad, etc. Esta es la figura que más importancia tiene por las contrariedades que puede generar y por ser esta la causa de otras relaciones, la filiación (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2002, p. 919).

Filiación en las técnicas de procreación humana asistida

Nuestro Código Civil peruano organiza a la figura de la filiación en matrimonial y extramatrimonial, de forma tal que los hechos biológicos jurídicos, la concepción y el nacimiento, que se pudieran producir fuera del casamiento definirán la filiación, de forma extramatrimonial (Varsi,2010, p. 23).

Lo que el Código Civil de 1984 recoge en cuanto a la filiación, en donde el régimen en donde prevalece es el hecho biológico natural de la concepción, en donde no existe intervención de tercero para poder procrear y se ve inspirada en la filiación paterna a través del principio de la verdad o favor veritatis, en donde la aplicación del vínculo paterno-filial se constituirá una vez que se acredite la sucesión genética y/o biológica del hijo nacido de una hombre y una mujer (Moran, 2005, p. 31).

La paternidad se sostiene en la certeza genética y la maternidad en certeza biológica. Es decir en el hombre la preponderancia radia en el material genérico y en la mujer, en el parto.

“El esquema característico de la filiación no responde a los requerimientos de la procreativa, por el contrario la dificulta aún más. Siendo verificable que no siempre existe concurrencia entre lo biológico y lo legal [...]” (Varsi, 2010, p. 238).

Situación que no ocurre en la procreación asistida y básicamente con la fecundación artificial heteróloga, donde aquí la situación es un poco más compleja ya que se verá inmersa la intervención de un tercero, produciéndose una separación entre la paternidad y maternidad biológica (donador de gametos) y la que la ley establece (a favor de quien acepta someterse al uso de la técnica asistida), dándose consigo el cumplimiento del principio de veracidad.

En el Perú, la filiación se determina fundamentalmente por el principio antes mencionado, en donde se hace prevalecer la verdad biológica sobre todo tipo de verdad formal o efectiva que pudiera darse.

Filiación y su determinación jurídica

Definida como la relación legal existente entre dos personas, que la ley califica como “madre” o “padre”, en un extremo, e “hijo” o “hija” en otro. Dando con ello lugar a la filiación paterna y materna (Mizrahi, 2006, p. 5).

La filiación, paternidad, maternidad son términos concatenados; de forma tal que no son conceptos indistintos, sino que tienen una sustantividad semejante. Esto es que la primera expresión considera la relación materno-paterna filial desde la posición del hijo, y la segunda, desde la perspectiva de la madre o padre.

LaCruz Berdejo (como se citó en Varsi 2010) respecto a la determinación jurídica de la filiación refiere que:

“La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta” (p.28).

Por otro lado se define a esta relación jurídica de filiación como el vínculo existente entre padres e hijos. Describiéndose consigo uno de los principios

fundamentales del derecho de filiación –favor veritatis-, cuya relación se establecerá cuando se confirme la descendencia genética y/o biológica del nacido de un varón y una mujer (Morán, 2005, p. 30).

De allí pues, que los autores antes mencionados consideran que el establecimiento jurídico de la filiación se argumenta en la procreación, llegando a ser esta la finalidad de la relación paterno- filial y expresado por el principio de veracidad, principio que está constituido como criterio básico. Condición que se

De allí pues, que los autores antes mencionados consideran que el establecimiento jurídico de la filiación se argumenta en la procreación, llegando a ser esta la finalidad de la relación paterno- filial y expresado por el principio de veracidad, principio que está constituido como criterio básico. Condición que se manifiesta en normas orientadas a proteger la incidencia entre lo biológico y lo legal, pero asimismo en interpretación en caso de alguna duda o vacío legal.

Sin embargo, la determinación de la filiación no siempre se da de forma biológica y/o genética, sino atendiendo a la voluntad, como sucede en la adopción, lo que debería también servir como presupuesto para determinar la filiación de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida.

En el Perú, la verdad biológica no es el único presupuesto para determinar la filiación, por el contrario lo es la regla preponderante (artículo 361 del C.C., 363 inciso 5 del C.C. Ley N° 28457) aunque no absoluta (artículo 363,377 del C.C), situación que ha sido entendida por nuestros tribunales al momento de sobreponer la realidad biológica a formalismos jurídicos.

Procreación asistida homóloga y filiación

Doctrinariamente se comparte un juicio unánime al considerar que esta técnica no produce mayor discusión que la necesaria, por lo que la fecundación se realiza con los propios gametos de la pareja y la determinación de la relación filial no genera conflictos, pues el vínculo matrimonial existente le otorgan protección (seguridad jurídica) a la descendencia en la base de la presunción pater est y la determinación a la maternidad por alumbramiento. Asimismo la

convivencia estable también nos brinda presunción de paternidad en la mujer conviviente (Varsi, 2010, p. 241)

Por otro esta opinión es compartida por la doctora Moran de Vicenzi (2005) al sostener que: “Si ambos contrayentes dieron su asentimiento para realizar la fecundación artificial homóloga y nacimiento se realiza dentro de los plazos legales, se presumirá al marido como el padre del niño” (pp. 132-133).

Sin embargo, pueden suscitarse algunas otras discusiones con la filiación, en el caso de que la fecundación haya sido realizada con el semen del marido pero sin consentimiento de este, siendo que en este caso debe también presumirse la paternidad, ya que al existir vínculo matrimonial o de convivencia permanente y una realidad genética entre padres e hijos (Moran de Vicenzi, 2005, p.36).

Procreación asistida heteróloga y filiación

Para determinar la filiación a través de esta técnica, corresponde primero a nuestros legisladores, en primer lugar determinar la licitud para luego de ser aceptada, implementar un mecanismo idóneo que pueda determinar la relación paterno filial.

La actuación de un tercero mediante la donación de gametos (esperma), aún se encuentra como un tema de discusión, para algunas legislaciones como por ejemplo la sueca y la española, estas son aceptadas sin ningún tipo de inconveniente.

Sin embargo, el Parlamento Europeo, se opone a la fecundación heteróloga por donación de óvulos y esperma (Corral, 2005, p. 245).

Esta técnica, hace la separación de maternidad y paternidad anticipadamente, ello quiere decir, ex ante, realización que se hace sin tomar en cuenta aquellos derechos constitucionales que protegen al nacido, tales como el nacer dentro del seno familiar de origen, la identidad y conocer sus padres biológica.

La iglesia católica rechaza taxativamente este tipo de técnicas de reproducción, así como la fecundación heteróloga, siendo que considera que esta técnica

impide que el menor pueda entablar una relación filial con sus padres biológicos y asumir su identidad personal.

La voluntad como determinante de la filiación en las técnicas de reproducción asistida

La doctrina que se encuentra a favor de la fecundación de carácter heterólogo, considera que debe hacerse un cambio que determine la paternidad y maternidad sobre la base de la voluntad (Moran de Vicenzi, 2005, p.68).

Es decir la intención que posee la pareja (asentimiento de realización de inseminación artificial con gametos de donante), convirtiéndose en un elemento básico de la determinación de la paternidad sobre el menor.

Mediante este elemento la doctrina trata de sobreponer la realidad biológica que determina la filiación "habitual" por el asentimiento de la pareja interviniente siendo que sería posible introducir el principio de favor affectionis, que se aplicaría de forma extensa a la filiación de los nacidos por estas técnicas.(Miranda y Rodríguez, 2002,p. 285)

Por ello, frente a la verdad biológica se construye una verdad formal que protege el principio de la voluntad y/o intención. De tal forma el asentimiento marcará la responsabilidad de aquellas personas que autorizaron la procreación asistida, a lo cual no podrán renunciar posteriormente (Varsi, 2010, p.238).

Por lo tanto, la voluntad tomará un papel importante en estas técnicas para determinar la filiación sobre el elemento genético, en tanto que el parto no debería ser el único presupuesto que rijan el lazo de filiación, pues existen otros factores, de igual o mejor preponderancia, como por ejemplo el aspecto sociológico y de responsabilidad (Morán de Vicenzi, 2005, pp. 79-80).

El Principio del Interés Superior del Niño

El interés superior del niño es una norma de análisis o de solución de conflictos, considerado como una regla básica, para dar solución a controversias que pudieran llegar a presentarse en torno a las relaciones con otros derechos o sujetos.

Ha generado una amplia cobertura de estudio desde la doctrina, la legislación y su aplicación práctica en la jurisprudencia. Partiendo del análisis legislativo, este principio fue establecido por primera vez en la Convención Americana sobre los Derechos del Niño (1989) la que se constituyó en un principio rector que sirve como garantía de aseguramiento respecto de los derechos sustantivos del niño, así ante el conflicto, ante la interpretación y ante cualquier decisión donde están involucrados derechos de niños, sea ante una entidad pública, privada, administrativa o judicial, debe primar y guardarse preferencia por el interés del niño o niña.

Años más tarde el Perú promulga el Código del Niño y Adolescente (1992) siguiendo la línea y cambio de paradigma que formula la Convención, hace suyo también el principio del interés superior del niño. Así entonces se pasa de una normatividad institucionalidad tutelar, basada en la doctrina de situación irregular, a una perspectiva de la protección integral y del niño como sujeto de derechos y libertades (Larraburre, 2007, p. 79).

Desde la doctrina jurídica, el Principio del Interés Superior del Niño ha sido planteado por Alegre, S., Hernández, X., Roger, C. (2014, p. 5) desde dos dimensiones:

se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a

- 1) los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.
- 2) Desde su amplitud, el principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior.

Asimismo el interés superior del niño se rige políticamente, considerando a este principio de forma primordial para tomar decisiones que afecten directamente a los niños. En tanto que los derechos de los niños no resultan ser asimilables a intereses colectivos porque pueden entrar en conflictos con intereses sociales.

Siendo que aquí adquiere el principio del interés superior del niño una ponderación frente a otro tipo de interés social.

Derecho al Proyecto de Vida

En el Perú, ha sido el maestro sanmarquino Fernández Sessarego quien ha formulado el fundamento doctrinal sobre el Derecho al Proyecto de Vida, él sostiene que cada persona tiene un destino que cumplir, un determinado rol o función en la vida humana social. El derecho tiende a proteger, a través de su aparato normativo, el proyecto de vida en cuanto fenomenalización de la libertad. Éste es el sentido último del derecho (2004, p. 86).

Luego del planteamiento de Fernández Sessarego se ha desarrollado una importante discusión y análisis sobre los alcances y el contenido de este derecho.

Añade Fernández Sessarego que el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación. De igual manera señala que la consecuencia más grave del daño no patrimonial a la persona es el obligarla a un cambio de su proyecto de vida, de su actividad habitual y vocacional (2009, p. 4).

Para Fernández Sessarego, atentar contra el proyecto de vida -que es el que le da sentido y razón de ser a la existencia de cada persona- produce distintas consecuencias, de diversa magnitud e índole que el juez deberá precisar y, en su caso, reparar adecuadamente según la regla de la equidad y teniendo a la vista la jurisprudencia, si la hubiere, o la capacidad adquisitiva promedio del país, aparte de otras consideraciones que el juzgador considerase conveniente valorar.

El juez, en este caso, cumple un rol de singular importancia dado que está apreciando en qué medida se ha lesionado y truncado el proyecto de vida de un ser humano. La frustración del proyecto de vida produce, generalmente, graves consecuencias para la víctima del daño. Éstas pueden traducirse, como se ha

anotado, en un vacío existencial, en la pérdida del sentido de la vida, de su razón de existir.

El vacío existencial -de producirse- es difícil de llenar, como lo es también, en ciertos casos, asumir otro proyecto de vida sustitutorio, que no es el original y querido, que responde a una sentida y singular vocación personal. No es ni fácil ni común que la frustración del proyecto de vida, o sea la manera de vivir que eligió libremente el ser humano -que es su destino personal- pueda ser sustituida, sin más, por otro proyecto de vida.

Ello, en especial, cuando el proyecto original ha marcado la vida de la persona, cuando por largo tiempo se ha cumplido exitosamente, con autenticidad y gozo personal y responde, por ende, a una profunda e íntima vocación. No podemos olvidar que el hombre se realiza como persona a través del trabajo, de su vida familiar, de su cotidiana actividad mediante el cumplimiento de la misión que se ha en la vida. El hombre ha venido al mundo para realizarse como persona, para cumplir una finalidad con el don de su vida.

Por su parte, Cubero (2010) señala desde un análisis comparativo entre el derecho anglosajón y el romano germánico, para lograr un análisis más profundo e integral del daño al proyecto de vida, pudo observar que la tendencia a la creación de nuevos tipos de daños que se ha venido desarrollando en Latinoamérica, puede estar influenciada por el sistema anglosajón, en donde la jurisprudencia ha venido creando diferentes tipos de daños, entre ello, el daño al proyecto de vida.

La investigadora costarricense, ha verificado que los tribunales peruanos han venido aplicando dicha figura a casos concretos. No obstante, siguen siendo pocos los casos en los que se reconoce e indemniza de forma independiente el daño al proyecto de vida. Consideramos que existe un temor por parte de los jueces y tribunales en indemnizar dicho daño por haber surgido relativamente reciente y no existir parámetros generales para su indemnización.

A partir de ello, es que luego la jurisprudencia argentina, ha ido poco a poco incorporando la figura del “daño al proyecto de vida” como un rubro de

reparación. En Costa Rica ha utilizado la noción de “desarrollo pleno de la vida” como análoga a la de “proyecto de vida”.

Desde la jurisprudencia internacional se tiene que señalar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia internacional y de la que el Perú es parte, ha impulsado un cambio en los conceptos de daño reparable, buscando una mayor amplitud en la protección de los derechos humanos.

Esta tendencia ha desembocado en la incorporación de figuras como el daño al proyecto de vida. Esta Corte fue el primer órgano supranacional que reconoció el daño al proyecto de vida, a partir de la sentencia de reparaciones del caso de María Elena Loayza Tamayo vs. Perú, que fue dictada el 27 de noviembre de 1998 que por primera vez se mencionó y se desarrolló a profundidad el concepto del “daño al proyecto de vida”. Esta sentencia fue dictada casi quince años después de que Fernández Sessarego se ocupara por primera vez de este tema. Dicha sentencia desarrolló el concepto del daño al proyecto de vida en una forma detallada y atinada.

Respecto al reconocimiento legal del proyecto de vida, esta se encuentra en la Constitución Política de 1993 prescribiendo en el inciso 1 de su artículo 2° que toda persona tiene derecho a "su libre desarrollo". Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, es el proyecto de vida. Este derecho encuentra también su amparo en el Código civil peruano de 1984, en el cual el artículo 5° tutela expresamente "la libertad" del ser humano.

Es decir, la libertad que sustenta su actuación proyectiva y el desarrollo fenoménico de la misma y el daño moral que este produce, cabe señalar que el concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones del Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual: Artículo 351. Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Los proyectos alternativos y sustitutorios

A la par de los conocidos proyectos de vida que son de fácil perceptibilidad, nos encontramos con otros proyectos que evidencian una preferencia, trasuntan un compromiso existencial que el ser humano haya logrado aceptar en su totalidad.

Es entonces que hablamos de proyectos de vida que no son necesariamente los que el ser humano hubiera querido elegir y por el contrario responden a una necesidad de existencia que le otorgue sentido a su vida

Este tipo de proyectos responden a una medida impositiva por las circunstancias de su existencia, que pueden llegar a responder a carencias de potencialidad que son generadas por el exterior.

Lo que para algunos estos proyectos son “desdibujados” o “grises” para otros resultan ser alternativos. Por lo cual ante esta situación, que resulta ser opuesta a la libre decisión y los sueños e eluciones que se tiene como persona, recae un sentimiento de desilusión, acompañado de un estado de depresión, rencor o desconsuelo de lo que la vida no les concedió.

Sin embargo, también puede darse situaciones en las cuales la persona que no llega a alcanzar ese anhelado proyecto de vida, se conforme frente a la situación que enfrenta y lo acepte, con resignación y regocijo o por el contrario reaccione con una extraña combinación de estados emocionales. Cada persona tiene una forma distinta de reaccionar a las eventualidades.

Por ello la probabilidad que se tenga de cumplir con un determinado proyecto de vida, se hallara en función de las potencialidades inherentes al sujeto como también a las alternativas que el mundo en el que vive le pueda brindar.

Formulación del Problema

Arístides Vara refiere que el problema de investigación es la razón de ser de la investigación; por ello, si hacemos una investigación es porque queremos resolver un problema, sea teórico o práctico, pero se quiere resolver (2010, p.154).

El reconocimiento del problema de investigación será el primer escalón para el proceso de investigación científica. Sin su descubrimiento no hay investigación científica.

Sin embargo Bunge (1969, p.189) menciona que “No se trata simplemente de que la investigación empiece por los problemas, sino por el contrario la investigación consiste constantemente en tratar los problemas; por ello el dejar de tratar problemas es dejar de investigar, y hasta suspender el trabajo de investigación tradicional”.

Problema General

¿Cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?

Problemas específicos

Problema específico 01

¿Cómo la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho de familia y el interés superior del niño?

Problema específico 02

¿Cómo el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional?

Problema específico 03

¿Cómo debería el Estado regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño?

Justificación del estudio

El justificar algo implica fundamentar las razones por las cuales se está realizando una investigación, ello quiere decir por qué se investiga sobre determinado tema o cuestionamiento. Cuyas explicaciones pueden ser teóricas, metodológicas y sociales.

Justificación Teórica

El análisis doctrinal, legal y jurisprudencial antes expuesto le permite a la investigación contar con las bases teóricas y especializadas suficientes para encaminar una argumentación respecto a la maternidad subrogada, el derecho de familia y el principio del interés superior del niño. En esta investigación se ha revisado, seleccionado y analizado la principal bibliografía existente en la materia tanto a nivel nacional como internacional. Además de consultar con reputados expertos en el tema, entre ellos Enrique Varsi y Carlos Fernández Sessarego. Por tanto queda justificada teóricamente la presente investigación.

Justificación Metodológica

Para que logremos demostrar los supuestos jurídicos nos hemos planteado una estrategia y un plan metodológico el mismo que nos ha permitido comprobar lo que se planteaba como Supuesto. Hemos hecho uso de las principales técnicas de recolección de datos, se ha analizado las fuentes, todas ellas resultan confiables y válidas. Así mismo, se ha otorgado un rigor científico basado en la confiabilidad de las fuentes, las teorías estudiadas y las estrategias de análisis de fuentes documentales.

Justificación Práctica

Nuestra preocupación nace jurídicamente a partir del momento en que se deberá regular la relación filial entre el padre y la madre correspondientemente, ya que dicha institución no se centra tanto en definir qué es lo que da por supuesto, cuanto en el establecimiento de los mecanismos o medios a través de las que se identificara legalmente a la relación de filiación y una vez ya determinada es decir puesta en práctica la asignación oficial, se establecen (derechos y deberes).

Siendo que lo que se pretende con esta investigación es que se cree un camino alternativo que se encuentre libre de trabas y limitaciones a los derechos que se nos otorga como estado democrático; conforme lo respalda la Carta Magna de 1993, además de la DDHH de 1948; siendo que no se pretende que se establezcan formas de comercialización de seres humanos a través de las

técnicas de reproducción, mucho menos de la subrogación gestacional, por el contrario es igualdad de condiciones a lo que se busca llegar.

Objetivos

Para Hernández los objetivos son elementos fundamentales de la investigación, ya que establece de forma clara y precisa las metas que se quieren alcanzar. Son los propósitos del estudio, expresan el fin que pretende alcanzarse; por lo tanto, todo el desarrollo del trabajo de investigación se orientará a lograr estos objetivos. Estos deben ser claros y precisos para evitar confusiones y desviaciones; sin embargo, esto no implica que los objetivos no puedan modificarse durante la realización de la investigación, porque en algunos casos es necesario hacerlo (2006, p. 96).

Objetivo General

Asimismo se refiere que el objetivo general de esta investigación recae en una enunciación proposicional, cualitativa, terminal e integral que centrará objetivos específicos (Caballero, 2009, p.200).

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño

Objetivos específicos

Son aquellas proposiciones desvinculadas del objetivo general, que tienen como atributos la operatividad, la conductualidad y la especificación (Caballeros, 2009, p. 201).

Objetivo Específico 01

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

Objetivo Específico 02

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

Objetivo Específico 03

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho de familia y el interés superior del niño.

Supuestos Jurídicos

Barriga (2005) sostiene que “Un supuesto explica tentativamente las causas, características, efectos, propiedades y leyes de determinado fenómeno en una ciencia dada, basándose en un mínimo de hechos observados” (p. 220).

En esta investigación se entiende supuesto como sinónimo de hipótesis. Por ello definiremos a la hipótesis como la respuesta imaginaria, creadora y muchas veces intuitiva que hace para dar respuesta al cuestionamiento científico. “Es una proposición aclaratoria o representativa-explicativa, que da una posible solución tentativa a un cuestionamiento científico” (Kerlinger, 2002, p.18).

Supuesto Jurídico General

Las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño son: la determinación del vínculo filial con sus padres biológicos y los posibles daños a ocasionarse al desarrollo integral del menor ante la falta de identificación.

Supuesto Específico 01

La identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide positivamente en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

Supuesto Específico 02

El principio del interés superior del niño si influye de manera trascendental en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional, en cuanto a la preponderancia de derechos constitucionales.

Supuesto Específico 03

El Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a través de un cambio constitucional a fin de que con ello se logre garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

II. MÉTODO

Metodología y Análisis de Datos

En este capítulo se describirán los elementos metodológicos y técnicos que se siguieron durante la investigación, la organización de datos recopilados, un sumario de los hallazgos y a su vez un análisis de los resultados con la intención de atribuir un alcance más amplio a la información obtenida que a su vez nos dará un horizonte más preciso de la situación actual para poder plantear medidas de solución y posibles sugerencias.

2.1 Tipo de investigación

Esta investigación seguirá un tipo de estudio básico. El campo que rige la ciencia de la investigación se encuentra gradualmente sostenida por más de un tipo de investigación y saber que es necesario el conocimiento de sus características respectivamente es algo innegable; así podremos definir en efecto cuál de ellas es la que más se ajusta a la investigación que estamos realizando.

Como lo manifiesta Rivera (1987) la investigación básica es conocida también como investigación teórica, pura o fundamental. Está destinada a aportar un cuerpo organizado de conocimientos científicos y no produce necesariamente resultados de utilidad práctica inmediata.

Se preocupa por recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento teórico-científico, orientado al descubrimiento de principios y leyes. Asimismo, investiga el desarrollo de una teoría o teorías, basadas en hechos, principios y leyes. Su característica principal es que realiza investigaciones originales, experimentales o teóricas, con la finalidad de obtener nuevos conocimientos. También analiza propiedades, estructuras y relaciones con el fin de formular y contrastar hipótesis, teorías y leyes (p.10).

Asimismo Mejía señala que la finalidad del estudio básico es obtener resultados positivos de las categorías investigadas es decir, la subrogación gestacional, el derecho de familia y el interés superior del niño ampliaran las teorías sociales y jurídicas con mención a la norma y leyes que hacen efectivo el uso de las técnicas de reproducción asistida. Es por ello que mediante esta investigación

se tratara de enlazar los supuestos que traen consigo aspectos positivos a la vida del ser humano. (Mejia Mejia, 2008, p.27)

2.2 Tipo de estudio

El tipo de estudio de la presente investigacion es descriptivo.

El estudio descriptivo es aquel que establece las propiedades, particularidades y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un estudio. Ello quiere decir, que se procura agrupar y valorar información de manera individualizada o agrupada sobre ideas de referencia. (Hernández, Fernández y Baptista, 2006, p. 185)

Diseño de investigación

Enfoque

Esta investigación recogerá los datos de los supuestos estudiados con la intención de saber si la subrogación gestacional tiene alguna implicancia con el derecho de familia y el interés superior del niño .Por tanto, corresponde aplicar un tratamiento cualitativo, caracterizado por especificar los supuestos de forma objetiva, utilizando el método de teoría fundamentada(Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 49).

Diseño

El diseño a seguir será No experimental.

Para ello se aplicará un plan y estructura que no solo responderá a nuestros problemas de investigación, sino que asimismo determina el estudio de nuestras categorías, como se deben controlar, manipular, observar y ser medidas, de forma tal que podremos analizar e interpretar las diferencias estadísticas que se puedan presentar, pudiendo indicara a las conclusiones que llegaremos.

Como señala Sánchez y Reyes (1984, p. 45) el diseño es un valioso instrumento que orientara y guiara al investigador, siendo así un conglomerado de pautas a ser seguidas, siendo un estudio o experimento, de carácter flexible, no es un esquema recio.

En un diseño no experimental no se crea ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En la investigación no experimental las variables independientes ya han ocurrido y no pueden ser manipuladas, el investigador no tiene control directo sobre dichas variables, no puede influir sobre ellas porque ya sucedieron, al igual que sus efectos (Kerlinger, 2002, p. 420).

Caracterización de sujetos

Los sujetos que se han tomado en cuenta en esta investigación fueron seleccionados de acuerdo a su conocimiento y experiencia. Todos han sido personas se cree que conocen y dominan el tema. Así por ejemplo, se aplicó entrevistas a tres Magistrados de los Juzgados de Familia para tener una idea clara y amplia sobre cuáles son los criterios a tomar en cuenta por ellos, partiendo de una apreciación jurídica y crítica a la materia en cuestionamiento; asimismo un operador de justicia dentro de la Corte de Lima Norte (especialista judicial); tres conocedores de derecho constitucional, quienes son abogados y docentes universitarios que aportaron con sus conocimientos y experiencia , y un médico especialista, profesional de la salud.

Tabla 01: Tabla de Caracterización de sujetos

Sujeto	Profesión	cargo	Institución donde labora
Luis Enrique Quiñones Quiñones	Abogado	Juez del Juzgado de Familia Transitorio	Corte Superior de Justicia de Lima Norte
Miriam Liz Flores Zenteno	Abogada	Juez del Segundo Juzgado de Familia	Corte Superior de Justicia de Lima Norte
Cecilia Isabel Siadenañi	Abogada	Juez del Cuarto Juzgado de Familia	Corte Superior de Justicia de Lima Norte
Rogger Aguilar Bolaños	Abogado	Especialista Judicial	Corte Superior de Justicia de Lima
Erick Daniel Vildoso Cabrera	Abogado	Docente universitario	Universidad Cesar Vallejo
Cesar A. Israel Ballena	Abogado	Docente universitario	Universidad Cesar Vallejo
Esaú Vargas Huamán	Abogado	Docente universitario	Universidad Cesar Vallejo
Roberto Puente Jaramillo	Médico	Medico	MINSA

Fuente: Elaboración propia

2.3 Muestra

“La muestra es el conjunto de casos que se extraerán de la población, que han debido escogerse por algún método racional, tomando siempre en cuenta la población” (Hernández, 2006, p. 276).

Por ello la muestra tomada para nuestra investigación fueron 03 Jueces de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 01 Operador de Justicia de la Corte de Lima Norte, 03 Abogados Especializados en lo Constitucional, 01 Medico. Por lo que es necesario precisar que estas personas que se vieron a

bien tomar en cuenta fue a mérito de su capacidad y experiencia en el tema materia de investigación.

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Los métodos que nos permitieron recabar la información requerida para demostrar los supuestos jurídicos. Estas técnicas serán materializadas a través de instrumentos que fueron utilizados para la recolección de la información.

Según Novoa la recolección de datos son las técnicas e instrumentos para la recolectar información y son numerosas: observación, las escalas, la encuesta, entrevista y el cuestionario (2004, p. 282).

A continuación se precisarán las técnicas utilizadas para esta investigación.

2.4.1 Entrevista.-

Para Ñaupas (2009, p.217) la entrevista es una técnica no organizada o no direccionada (porque las preguntas que se hacen no son de forma concreta y precisas), consistente en una conversación abierta y desenvuelta entre el entrevistador y el entrevistado acerca de un tema específico y concreto.

De lo afirmado es claro que la utilización de la entrevista nos dará un amplio conocimiento y corroboración de datos de aquella muestra que estamos pretendiendo estudiar, es por ello que aquí no se sigue un esquema ya predeterminado, sino todo lo contrario existe una mayor libertad y naturalidad para empezar a interactuar con el entrevistado quien se encontrara presto a podernos responder en la medida de sus conocimientos.

Considero que la entrevista a diferencia de otros tipos de instrumentos, muestra un mayor calado en el empleo de preguntas abiertas, con el único fin de que se cree un vínculo más cercano con el entrevistado, siendo esto beneficioso para nosotros como investigadores, ya que el sentirá la confianza necesaria para poderse explayar con mayor libertad y proporcionarnos mayor cantidad de información; no debemos adoptar una postura de superioridad o inferioridad menos aún una postura dogmática y/o ideológica.

Tengamos claro que esto no se presta para establecer una relación de subordinación, ni de apoyo, ni tampoco una relación de dominio y autoridad el

uno sobre el otro; es por ello que si se presta una situación de silencio y discreción por parte del entrevistado debemos respetarla sin cuestionamiento alguno.

2.4.1.1 Guía de entrevista

Es el instrumento que sirve a la técnica de la entrevista, que constituye una hoja simple impresa o no que contendrá el interrogatorio que se le formulará al entrevistado, a través de una secuencia ya determinada.

Para la realización de una entrevista estructurada es necesario hacer esta guía de entrevista, pues la sola memoria no nos servirá, pues corremos el riesgo de que las preguntas puedan variar de orden y en efecto las respuestas serán distintas e incluso podamos omitir preguntas que eran indispensables a la investigación, por ello debemos mencionar que no deben ser muchas las preguntas a formular.

2.4.2 Análisis de fuente documental.

Como sostiene Caballero (2009) “la técnica documental permitirá que a través de una operación intelectual objetiva, se realice el reconocimiento y la transformación de los documentos en resultados que faciliten la consulta de los originales en aras de obtener control documental y asimismo con el objetivo último de servicio a la comunidad científica” (p.200).

Por tanto, el análisis documental está constituido por un conjunto de operaciones que permite recurrir a las fuentes originales, a fin de facilitar al investigador el reconocimiento preciso, la recuperación y la transmisión de una información relevante que permitirá una mayor objetividad en la investigación implementada.

Para esta investigación ha sido necesario hacer uso a fuentes documentales, legislativas y jurisprudenciales, que han contribuido al análisis

2.5 Métodos de análisis de datos

Para Barriga (1974), el método de análisis es uno de los problemas más agudos y de mayor complejidad que se puede suscitar durante una investigación es, sin lugar a duda, las innumerables técnicas, métodos e instrumentos con los que podemos contar, formando parte de paradigmas que en definitiva pueden llegar a desconcertarnos. Para esta investigación se hará uso de tres métodos de

análisis de datos: inductivo-deductivo, analítico y cualitativo, los que se detallan a continuación (p.39).

2.5.1 Método inductivo-deductivo.- Según Ponce (2011, p.56) la inferencia que se dará estará basada en el razonamiento y en el análisis de circunstancias particulares, siendo deductivo en sentido de que (gira entorno de lo general a lo particular) e inductivo porque el sentido que se le da es muy contrario (va de lo particular a lo general). Recolección de la información y desarrollo del marco teórico.

2.5.2 Método analítico.-Para Ponce (2011) será un proceso cognoscitivo, en donde descompondremos a nuestro objeto de análisis, descomponiendo cada parte de nuestro todo para ser estudiada de forma individual (p.56).

2.5.3 Método cualitativo o no tradicional.- Según Rodríguez et al. (2000) es aquel método que está orientado a profundizar casos específicos y no a generalizar, su preocupación principal no recae en la medición sino por el contrario se sitúa en cualificar y describir la problemática a través de rasgos que son determinantes (p.68).

2.6 Tratamiento de la información: Unidades Temáticas, Categorización

Para esta investigación siendo de un enfoque cualitativo hace uso de categorías. Según Ocampo (2003) refiere que:

[...] La palabra categoría, se refiere por lo general a un concepto que comprende elementos o aspectos con particularidades usuales o que tienen algún tipo de vinculación entre sí. Las categorías se utilizan por lo general para establecer un orden. Por ello el hacer uso de estas categorías nos conlleva a que podamos agrupar componentes, ideas y manifestaciones en torno a poder investigar todo” (p.55).

A continuación se detallan las Categorías utilizadas.

Tabla 02: Unidad temática y Categorización

Unidad de análisis	Definición conceptual	Categorías	Subcategorías
Subrogación gestacional	Es una técnica de reproducción asistida que consiste en que la mujer que lleva en su vientre al niño, que puede o no contar con su material genético, lo realiza por cuenta de una pareja comitente que lo que espera es que al nacer el niño esta se lo entregue para asumir, la maternidad que le corresponde.	<p>Técnicas de reproducción asistida</p> <p>Clases de gestación subrogada</p>	<p>A. Inseminación Artificial (IA)</p> <p>a. Inseminación Artificial Homóloga o Interconyugal (IAC)</p> <p>b. Inseminación Artificial Heteróloga o Supraconyugal (IAD)</p> <p>B. Fecundación Extracorpórea o Fertilización In Vitro (FIV)</p> <p>a. Transferencia Intratubárica de embriones (TE)</p> <p>b. Transferencia Intratubárica de gametos (TIG-GIFT)</p> <p>c. Inseminación intracitoplasmática o inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSI-ICSE)</p>

			a. Subrogación tradicional b. Subrogación gestacional
Derecho a una familia	<p>Constituye un derecho fundamental que se puede ejercer en pareja o individualmente, siendo que este derecho deriva asimismo del derecho fundamental de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la vida reproductiva, decidiendo cuando y cuantos hijos tener. El reconocimiento otorgado a los derechos reproductivos como derechos de libertad confiere al ser humano autonomía procreativa, pero que no dota de mecanismos que garanticen su protección.</p>	<p>Derechos reproductivos</p> <p>Relación paterno- filial</p> <p>Proyecto de vida</p>	<p>Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos</p> <p>a. Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán</p> <p>b. Convención sobre la eliminación sobre todas la Formas de Discriminación contra la Mujer</p> <p>c. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Programa de Acción.</p> <p>d. Conferencia Mundial de la Mujer y la Declaración y Plataforma de Acción Beijing</p> <p>a. Maternidad b. Paternidad</p> <p>Proyectos alternativos y/o sustitutivos</p>

<p>Interés Superior del Niño</p>	<p>Esta constituido como un elemento determinante de seguridad a la niñez, este interés superior del niño se encuentra previsto en la DDHH; la preminencia del interés del niño como principio interpretativo deberá ser interpretada de manera taxativa siendo que el reconocimiento de los derechos que le asisten en su conglomerado aseveran la debida seguridad a los derechos a la vida, a la perduración y el desarrollo del niño. Ello comprende entonces que la garantía de sus derechos no podrá limitarse o ser parciales. Por otro lado la propia Convención de Derechos Humanos refiere al interés superior del niño como una consideración primordial para tomar decisiones que afecten a los niños.</p>	<p>Convención Americana sobre los Derechos del Niño (CIDN)</p>	<p>Principios fundamentales</p> <p>a) El derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de discriminación</p> <p><u>b) Interés Superior del Niño</u></p> <p>c) El derecho a la supervivencia y el desarrollo</p> <p>d) Y el derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser tenidos en cuenta</p>
---	--	---	--

Fuente: Elaboración propia

2.7 Aspectos éticos

La presente investigación se realiza respetando el método científico, siendo una investigación de enfoque cualitativo, en respeto del esquema establecido por la Ley Universitaria y por la Universidad a través del Reglamento de Investigación y las indicaciones del asesor metodológico. Según Cotrina, Pacheco Saavedra y Moretti, la investigación se realiza en respeto de los derechos de autor citando las referencias bibliográficas empleadas bajo el estilo de la American Psychological Association (p.6).

III. RESULTADOS

3.1 Descripción de los resultados de la técnicas: Entrevista

Por lo que de las entrevistas aplicadas a jueces, especialistas y médicos se obtuvieron los siguientes resultados

Objetivo General

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Pregunta 01

¿Cómo define usted la subrogación gestacional?

Puente (2017) define a la subrogación gestacional como un método alternativo para poder hacer viable la reproducción basándose únicamente en el aspecto genético.

Pregunta 02

En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño?

Israel y Vildoso (2017) frente a esta pregunta sostienen que si se resguarda el derecho de familia y se vela por el interés superior del niño en cuanto que la subrogación gestacional es un técnica asistida que si bien facilita la procreación en aquellos casos en que existe imposibilidad de gestar, ello no remplaza el interés de perpetuar el legado familiar y cariño que se genera dentro de un hogar constituido; lo que no sucede con la mujer que presta su vientre, quien muchas veces persigue más bien un interés, por lo general, meramente económico.

Posición similar comparten Flores, Siadenañi y Quiñones (2017) que precisan que con la subrogación gestacional se ve resguardado el derecho de familia porque le da la posibilidad a la pareja de disfrutar la experiencia de convertirse en padres y con ello el niño nacido por esta técnica conocerá sus orígenes y crecerá dentro de una familia constituida, siendo así que todo ello bajo los

parámetro que hoy en día la genética ha brindado a muchas parejas que por temas del organismo no han logrado concebir. Precisan además que se debe tener en cuenta en nuestro país ya se adopta la figura romana de la adopción a efecto de que la familia pueda mantenerse y extenderse, a lo cual esta figura ya vela por el bienestar del niño y la familia, entonces más aún, puede darse en la subrogación gestacional que lo que logra es que una mujer pueda procrear sin la necesidad de gestar, ya que existen situaciones ajenas a ella que se lo imposibilitan.

Sin embargo Bolaños y Vargas (2017) no creen que con la subrogación gestacional se proteja a la familia y al interés superior del menor, en cuanto que consideran que el uso de esta técnica transgrede el concepto que constitucionalmente se tiene de familia, la integración como institución natural y fundamental de la sociedad, siendo un deber y derecho de los padres brindarles seguridad a sus hijos no solo económica sino además emocional y psíquica; por otro lado consideran que esto resulta moralmente reprochable y resulta ser concordante con la opinión de la comunidad científica, siendo que se apartan literalmente de la consideración del resguardo de la familia porque consideran jurídicamente como ya se refirió atentan contra los preceptos legales, constitucionales y la normatividad internacional.

De parecida opinión es Puente (2017) al referir que si se pretende proteger el derecho a una familia como proyecto de vida de una pareja, mas no al interés superior del niño porque lo ideal es que un niño sea concebido naturalmente sin necesidad de subrogación gestacional o de métodos reproductivos. Por el contrario, se utiliza la existencia del niño, si se objetiviza a un niño para la persecución de un proyecto de vida porque para tal situación existe la adopción, siendo que todo ello generaría afectación al derecho a la identidad.

Pregunta 03

¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que *“la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”*? Fundamente.

Israel y Vildoso (2017) consideran que la Ley General de Salud N° 26842 que contempla las técnicas de reproducción asistida en su artículo 7° es una ley incompleta y contradictoria porque conlleva a error y por ende resulta ser una norma inconstitucional que atenta contra los derechos humanos, especialmente contra el derecho constitucional del desarrollo de la personalidad. Es conocido que todo ser humano como parte de su proyecto de vida aspira a prolongar su estirpe familiar y a su vez poder acceder al uso de las nuevas tecnologías relacionadas a la medicina cuando por medios naturales no puedan procrear, por ello el hecho de negárseles esta posibilidad es retroceder en el tiempo y en el derecho.

Asimismo precisan que esta ley no resulta ser discriminatoria, pues va en consonancia con nuestro ordenamiento jurídico, siendo que como ya se ha referido esta norma induce a error, y mucho más error o confusión nos genera una jurisprudencia contraria.

Quiñones, Flores y Siadenañi (2017) consideran que este articulado no ha considerado modificar ciertos aspectos relevantes, asimismo se debe tomar en cuenta la dación de la ley que fue publica el 20 de julio de 1997, estando a que desde esa fecha no se actualizado con los nuevos parámetros internacionales respecto a la formación de la familia, resultando su contenido demasiado genérico al no tomar en cuenta todas las posibilidades a darse dentro del uso de las TERAS; consideran también que esta ley no debe tornarse discriminatoria, en cuanto a que cualquier persona (diferentes sexos) que tenga la necesidad de recurrir a ellas puede hacerlo.

Asimismo Bolaños (2017) comparte la idea de que es una norma incompleta en cuanto a que no define taxativamente la prohibición de todo tipo de técnica asistida heteróloga, dando con ello la posibilidad a que pueda practicarse, puesto

que ante la inexistencia de una ley que se lo prohíba o pueda penalizar el uso de la subrogación gestacional, da origen a un vacío legal que conlleva a que se practique de forma indiscriminada sin ningún límite jurídico, ético o moral.

Sin embargo Puente y Vargas (2017) se encuentran en total acuerdo con la norma porque optar por otro modo sería quebrantar la presunción de maternidad, pues se reputa como madre a quien gestó y dio a luz al niño y no a otra persona. Además aseguran que esta norma es coherente y pertinente de conformidad a lo señalado por la normatividad constitucional e internacional, porque de no advertirse se estaría promoviendo la subrogación gestacional en una gestación por sustitución de contenido comercial con efectos lucrativos.

Pregunta 04

A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas genera la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?

Israel y Vildoso (2017) refieren que de por sí en nuestro sistema se encuentra prohibido y no se puede pactarse un contrato bajo estos parámetros; sin embargo, habido casos en los que se han establecido relaciones contractuales de subrogación gestacional con o sin prestación económica que resultan siendo una liberalidad, por ejemplo en Europa se debe pagar por una subrogación gestacional, otro caso fue el que se dio entre homosexuales que llegaron a suscribir un contrato, pero que en nuestro país no resulta siendo válido por implicar disponer de la vida humana y eso no se puede hacer de ninguna forma.

Quiñones y Siadenañi (2017) consideran que no debería generarse consecuencias jurídicas negativas, por lo que ante el nacimiento de un niño por subrogación gestacional la ley atribuirá todos los derechos que le consagren sea por el modo que hubiere sido concebido, en cuanto que la ley no hace distinción alguna, además consideran necesario que debe tenerse en cuenta la existencia de políticas de privacidad para que cuando el menor asuma su mayoría de edad pueda tomar conocimiento de su concepción y gestación.

Flores (2017) bajo ese mismo lineamiento no lo considera como una consecuencia pero si un problema de definición en torno a la relación filial que deberá establecerse entre la mujer que biológicamente es su madre pero que no lo alumbró y la mujer que si lo alumbró pero no que no es genéticamente su madre.

Bolaños y Vargas (2017) en posición muy separada considera que la subrogación gestacional traería consigo consecuencias jurídicas dentro del derecho de familia y del interés superior del niño, por lo que generaría incertidumbre e inestabilidad jurídica a la sociedad, generando problemas al momento de definir los lazos filiatorios entre los padres biológicos y los padres subrogados, además de inseguridad en el menor al no saber con quién identificarse, a quien debería llamarle mamá o papá. Asimismo trasgrede la dignidad de la persona como valor o principio supremo desde el derecho constitucional.

Pregunta 05

En su consideración cree usted que mediante la subrogación gestacional como técnica de reproducción asistida se logra desarrollar el proyecto de vida a formar una familia y se vela por el interés superior del niño? ¿Por qué?

Puente (2017) refiere que si se logra desarrollar el proyecto de vida a formar una familia, pero este no es la vía más adecuada; porque existen formas menos gravosas de satisfacer ese deseo como lo es la adopción, siendo así que esto avalaría que la concepción fuera aceptada por quienes desean lucrar.

Objetivo Especifico 01

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el Interés Superior del Niño.

Pregunta 06

¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique

Israel, Vildoso y Vargas (2017) manifiestan que existe una relación proporcional, en cuanto que la identidad es un derecho fundamental e inherente al ser humano, es esa necesidad de identificarse con un grupo humano, de buscar sus orígenes, por cuanto es este un derecho inherente e inalienable. Por ello en el Perú existe presunción de paternidad cuando se nace dentro de un matrimonio, existiendo a su vez plazos de caducidad lo que resguardaría el derecho a la identidad. Asimismo precisan que existe esta relación de forma jurídica, biológica y social por cuanto la familia es una institución jurídica resultante del varón y la mujer con fines de procrear hijos que a su vez guarda relación con el principio del interés superior del niño, en consecuencia la investigación científica está en permanente desarrollo para encontrar una solución viable al derecho a una familia.

Flores, Quiñones y Siadenañi (2017) consideran que la relación sobre la identidad e integridad genética con el derecho de familia y el interés superior del niño recae en saber cuáles son sus orígenes y con ello mantener su integridad física y psíquica del menor, ya que el quedarse el niño con la madre subrogada este no se sentiría identificado con ella y pese a poderse criar dentro del seno familiar de esta mujer, en un futuro su integridad emocional podría menoscabarse al llegar a enterarse que genéticamente nada los une; además señalan que la única forma de mantener estos dos derechos protegidos es que el menor producto de la subrogación gestacional se quede dentro del seno familiar de sus padres biológicos.

Por su parte Puente (2017) considera que la identidad genética no siempre se relaciona con el derecho a una familia, porque algunas personas son criadas por personas con las cuales no comparten lazos sanguíneos y que no necesariamente son sus padres. Dejando a su vez salvo lo que el mismo señala al definir que la identidad genética es la parte objetiva de la identidad de un niño y lo ideal es que esta coincida con las de sus padres (relación paterno filial),

por, por ello el derecho de saber quiénes son sus padres es parte del interés superior del niño.

Sin embargo Bolaños (2017) discrepa estas posiciones al referir que existe una relación de identidad al identificarse con un grupo de personas y eso no se lograra si es que se tiene dos madres o dos padres, por ello lo ideal es que esta identidad se defina desde el momento del nacimiento con la persona que le dio la vida, siendo que su integridad no es precisamente una característica corporal o funcional que le corresponde como persona sino una virtud que le permite tener su cuerpo sano; sin ningún tipo de afectación o disminución.

Pregunta 07

Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

Vildoso, Flores y Quiñones (2017) consideran que de prohibirse la subrogación gestacional si se estaría vulnerando el derecho que se tiene de ser padres, ya que las personas que tienen problemas de fertilidad y desean recurrir a un tratamiento que les permita concretizar este deseo una prohibición legal es lo definitivamente afectaría a la institución familiar que es la célula básica de la sociedad y que está por encima de la voluntad del Estado o de fines económicos de algún particular; además de que se vulnerarían derechos constitucionales tales como los derechos reproductivos.

Bajo la misma premisa Israel y Vargas (2017) nos manifiestan que porque debería prohibirse algo que ya se viene dando, en cuanto que nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido de lo que ella no ordena, es por ello que una prohibición sería una “cachetada” a la tecnología y a la ayuda que le da a una pareja que no puede tener hijos el llegar a convertirse en padres. Por otro lado precisan que si existiera una prohibición los padres intencionales no recurrirían a estos métodos de procreación no legislada.

Siadenañi, Bolaños y Puente (2017) consideran que no se está afectando a la institución familiar con el uso de la subrogación gestacional en tanto que es practicada desde mucho antes y que no resulta siendo prohibida por la ley; además; existen otras figuras legales como la adopción que también contempla el derecho de ser padres que aunque no de forma natural pero que se logra ejercer y por tanto no se estaría afectando la institución familiar más por el contrario protege y promueve la paternidad y maternidad responsable.

Pregunta 08

¿Cuáles cree que son las principales causas o razones que conllevan a la utilización del procedimiento de maternidad subrogada? Explique

Puente (2017) considera que la única razón es la de tener hijos con los mismos genes y lo que prevalece es la identidad genética (solo ámbito objetivo) y no el interés superior del niño.

Objetivo Específico 02

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

Pregunta 09

¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

Vildoso (2017) consideran que debe sobreponerse el derecho del menor nacido por subrogación gestacional, en vista de que el niño es sujeto de derecho y no objeto de derecho, por lo tanto el interés superior del niño debe primar en estas circunstancias.

Bajo ese mismo orden de ideas Flores, Quiñones y Siadenañi (2017) refieren que se debe tomar en cuenta que es lo que más prevalece, si el derecho a proteger el desarrollo físico y emocional del menor o a la mujer subrogada que ya era consiente que después del parto debía entregar a la niño a sus padres biológicos, debiendo con ello renunciar a todos los derechos resultantes de la gestación, situación que indica que ella ya tenía conocimiento desde el momento

de la implantación del embrión en su útero, por ello el hecho de tomar una decisión sea esta buena o mala es necesario que se sepan asumir las consecuencias; por otro lado consideran que lo que si sería discutible, es que si la mujer prestante del útero hubiere sido utilizada o engañada por un particular, esto haría que nos encontremos ante la confrontación de dos derechos, primero el derecho de la madre de tener al niño y segundo el niño a conocer su identidad.

Por otro lado Israel (2017) considera que este es un tema debatible, señalando que el Tribunal Constitucional está imponiendo una forma de decir que hay diferentes tipos de madres, pero que ello no genera un precedente vinculante, solo es aplicable para el caso en específico. A su vez refiere que no se sobrepone en tanto que si ya nació el ordenamiento ya lo protege; sin embargo, lo que se discute no es el tema de la protección, sino el tema de la filiación, definir a quien le corresponde llamársele madre o padre, siendo que esto genera problemas en torno a las relaciones paterno filiales que se vuelven flexibilizadas y relativizadas.

Vargas (2017) considera que de procrearse un hijo mediante la subrogación gestacional, es ineludible que se deje de lado el principio del interés superior de niño, que está por encima de los intereses de los padres gestacionales y hasta de los propios padres intencionales, siendo que incluso cabe la posibilidad de que el hijo puede desarrollarse en ambos escenarios de familia.

Puente y Bolaños (2017) por el contrario, no comparten el orden de ideas expresado líneas anteriores, porque consideran que esta es una conducta que debería desestimarse por tanto la identidad genética no siempre debe prevalecer, más aun si el genoma no podría subsistir sin el vientre con el que se relaciona física y psicológicamente, ya que el niño escucha la voz de la madre gestante y depende de ella para subsistir y existir no solo como concebido.

Pregunta 10

¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conserperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?

Para Flores, Quiñones, Siadenañi, Israel y Vildoso (2017) esta expresión es considerada una frase antigua y que ha quedado desfasada en el tiempo por las técnicas de reproducción humana asistida “vientres de alquiler”, siendo que lo que esta expresión refiere es que madre siempre es madre desde el momento que lo es a pesar de que el resto diga lo contrario, lo que no sucede con el padre que puede determinarse a partir de una prueba de ADN, a su vez bajo los mismos criterios antes referidos el Tribunal Constitucional se pronunció al decir que madre es la que engendra y no la que alumbra contradiciendo este principio.

Por otro lado Vargas (2017) refiere que es una expresión que puede ser de parecer de cierto sector de la sociedad, como también, otro sector de la misma puede precisar contrariamente, en todo caso, se puede apreciar desde el aspecto sociológico, sin embargo desde el marco normativo tiene causas y consecuencias.

Definición que no es compartida por Bolaños (2017) al señalar que la madre resulta ser siempre conocida, de lo que se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo.

Pregunta 11

Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la maternidad subrogada persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?

Flores, Quiñones, Siadenañi (2017) consideran que no se sigue un fin lucrativo o egoísta por el contrario lo que persigue es un anhelo emocional que se concretara al llegarse a convertir en padres, en tanto que la mujer al tener la dificultad de poder gestar y a efectos de nivelar su autoestima es que quiere conformar una familia; sin embargo también consideran que no resulta ajena

la posibilidad de que en algunos casos pueda darse la trata de personas que es un fin totalmente distinto.

Por otro lado Puente (2017) considera que la decisión tomada por estas personas, si resulta ser en un tanto egoísta más que lucrativa, siendo que no se toma en cuenta que ningún derecho es absoluto.

Problema Especifico 03

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

Pregunta 12

¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?

Israel y Vildoso (2017) consideran que definitivamente debe regularse la subrogación gestacional porque sería reconocer legalmente una realidad, siendo que serviría esta medida para frenar abusos de una u otra parte; asimismo el tema del componente genético no puede estar amparado en lo que es la libertad contractual, por ello desde el momento de la concepción se debe tener una información centralizada. En ese caso nuestro marco legislativo a través del artículo 62° de la constitución reconoce el derecho contractual y este derecho debe tener límites al hablar de la vida humana siendo necesaria una legislación.

Bajo criterios similares Flores, Quiñones y Siadenañi (2017) consideran que también debe ser materia de regulación la subrogación gestacional, ya que si bien es cierto se cuenta con una ley que hace mención sutilmente a las técnicas de reproducción asistida esta resulta ser insuficiente para ser aplicada en todos los casos, haciendo necesaria la existencia de una ley específica tomando en cuenta los cambios tecnológicos, democráticos y políticos.

Opinión que no resulta siendo compartida por Puente y Bolaños (2017) al precisar que consideran que no debe legislarse la subrogación gestacional por

cuanto que de admitirse se vulneraría principalmente derechos constitucionales de la persona.

Vargas (2017) también respalda lo antes mencionado por Puente y Bolaños , al considerar que por el momento no resulta ser oportuno que se legisle, porque colisionaría con los derechos fundamentales entre los padres intencionales y los padres gestacionales en todo caso, y más bien cree que es la ciencia médica quien debe resolver esta problemática a fin de no lesionar el derecho a una familia de los padres intencionales.

Pregunta 13

¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique

Flores, Quiñones, Siadenañi y Israel (2017) consideran adecuado que se determine la filiación bajo los criterios mencionados, y no necesariamente por el parto, siendo que a fin de cuentas resulta necesario que se regule las técnicas de reproducción asistida y a su vez paralelamente se modifique el Código Civil en su sección de Familia, ya que ante la existencia de la voluntad de las partes intervinientes no tendría por qué tornarse complicado definir la filiación.

Por otra parte Vildoso (2017) considera que de tomarse en consideración criterios para determinar la filiación, se debería hacer tomándose en cuenta el que favorezca al interés superior del niño.

Puente, Bolaños y Vargas (2017) precisan que se debe considerar que la filiación no se limita a un aspecto genético, por lo cual la técnica de reproducción asistida o la subrogación gestacional no es el único mecanismo de adquirir la filiación; siendo que, no debe determinarse a esta relación jurídica en base a estos criterios, ya que la intención y el querer lo tiene cada persona y esto no debe ser lo único que determine la situación paterno filial, sino que además se deben tener en cuenta otros criterios de determinación , por lo cual consideran que debe partirse desde otros criterios como lo puede ser a través del parto. Además el

Estado debe asumir un rol vigilante sobre estos temas polémicos y evitar conflictos entre los padres intencionales y los padres gestacionales que afectan y afectarían a los hijos ya nacidos o por devenir.

Pregunta 14

¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?

Flores, Quiñones y Siadenañi (2017) optan por considerar que se de una nueva legislación orientada a las garantías constitucionales.

Por otro lado Vildoso y Israel (3017) consideran que una propuesta legislativa no sería del todo la solución al problema sino que además debe tomarse en cuenta una reforma constitucional, ya que una sola norma no basta; asimismo también consideran que otra forma de regulación sería a través del libro de contrato del Código Civil, en cuanto a que la obligatoriedad del cumplimiento recaería en el principio “pacta sunt servanda”

Posición que no comparte Puente, Bolaños y Vargas (2017) ya que refieren que debe específicamente prohibirse la subrogación gestacional. Asimismo consideran innecesaria una regulación sobre la subrogación gestacional, porque, resulta perjudicial al hijo, por tanto, el estado debe velar por el pleno respeto de las normas, vigentes evitando gestaciones por sustitución; sin embargo, de advertirse tales situaciones es recomendable la institución de la adopción, señalado en el código de los niños, niñas y adolescentes.

3.2 Descripción de los Resultados de la Técnica: Análisis Jurisprudencial

Pues bien, como podemos apreciar, los primeros fallos emitidos por los Tribunales Peruanos respecto a la utilización de las técnicas de fecundación asistida han sido recaídos en:

La **CAS. N° 563-2011-LIMA** emitida por Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuya materia es la Adopción por (Excepción) de menor de edad.

De dicho antecedente jurisprudencial, se pudo apreciar que efectivamente el interés superior del niño, influye de forma trascendental en los criterios que adoptan los jueces al momento de resolver casos particulares en torno a la utilización de técnicas de reproducción asistida - subrogación gestacional.

De los hechos se tiene, que el matrimonio de doña Diana Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone encargó a una mujer Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pago una alta suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos).

La fecundación del bebe se realizó con el gameto del esposo Giovanni Sansone, por lo que biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler.

Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, paterna, a favor de su conviviente Paul Frank Palomino Cordero, quien realizo un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre Giovanni Sansone no figuraba como padre formal o legal.

Por otro lado el padre comitente resultaba no solo ser el padre biológico de la niña, sino que, además, por el parentesco que le unía a la mujer que alquilo su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.

Después del alumbramiento, la niña de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Estos iniciaron un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

La discusión controvertida se estableció en cuanto al interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres a ejercer la patria potestad, dilema

basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero.

Los artículos que jurídicamente se contrapusieron fueron: el Artículo 115° y 128° inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes, el Artículo 378° inciso 1 y 5 del Código Civil y el Artículo 381° del mismo cuerpo legal.

La consecuencia jurídica que se determinó en este recurso de casación fue que si procedía la adopción porque había que primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandados, sostuvo el Tribunal, que estos le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó que “el arrancarla del seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Declarando infundado el recurso de casación.

En este caso en específico es de verse que se prima por el interés superior de la niña a quedarse con los padres adoptivos, en la medida que a este concebido desde un principio se le trato como objeto comercial por parte de la madre legal, que a su vez era madre biológica, lo cual desde cierta perspectiva protege la posición que mantengo en mi investigación al decir que debe primar el interés superior del niño y el derecho de familia, aquí la gran diferencia es que existió un fin económico que desnaturalizo la intención de apoyo que se quería dar a esta pareja, pues el hecho de haber mediado un pago hace que se torne lucrativo el interés de llegar a subrogar el proceso gestacional.

La **Sentencia N°183515-2006-00113**, emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia mediante Resolución N° 31 de fecha seis de enero del dos mil nueve; siendo que de autos se tiene que doña Carla Monique See Aurish interpuso demanda de impugnación de maternidad la misma que la dirigió a doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva y don Luis Eduardo Mendoza Barber, con la finalidad de que se declara a la menor Daniela Mendoza Aurish hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber.

Se tiene de autos que entre los años 1992 y 1993 conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se

consumó el 14 de junio del 2003, fecha en la cual contraen matrimonio civil; que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha 17 de julio de 1998 decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha 28 de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado pues mediante una ecografía practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... riñones hipoplacidos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones ..." enfermedad que se originó a los tres años de edad debido a una leve infección uterina inadecuadamente atendida que motivo que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dando lugar a un doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste más rápido de lo normal, que al diagnosticársele "... insuficiencia renal neuropatía por analgésicos e hipertensión arterial..." el médico tratante doctor Batillana le confirmó que **su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir.**

Que al no poder resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendida por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirmó la posibilidad de emplear el método de "maternidad subrogada", denominado así porque es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el ovulo y el esperma de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo alberga.

Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich de la Oliva, ofreció su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba a implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja.

Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en setiembre del 2004 se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como de los espermatozoides de su cónyuge Luis Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich de La Oliva, con un 19% albergarla exitosamente, culminado el embarazo, el mismo que se llevó con normalidad, hasta que el 6 de mayo del 2005, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesare en la Clínica Miraflores, y desde esa fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor.

Sin embargo; el día que nace su hija, la Clínica Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich de La Oliva esto es, según su partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich de La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos más.

Que conforme el artículo 409° establece que: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, situación que en el hecho que nos acoge no se presentó, y siendo que desde esa perspectiva en cumplimiento del Principio de Legalidad, resultaría imposible jurídicamente la impugnación de la maternidad de una niña, cuando se tiene que la actora alega haber aportado con su material genético(ovulo) para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse legislado en nuestro país dicho supuesto fáctico.

Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico positivo con el acontecer de los tiempos se viene quedando desactualizado, ello a consecuencia de que el avance de la ciencia médica-biológica viene continuamente integrando situaciones nuevas, como lo es en este caso, nuevas técnicas de reproducción asistida, que requieren también de protección y amparo jurídico, siendo que el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el artículo 139° inciso 8 de la Constitución de Estado prescribe como uno de los principios

y derechos de la función jurisdiccional **“El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”**.

En tal caso se debe aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, obligando al Órgano Jurisdiccional a crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva prescrito en el inciso 3 del citado artículo constitucional.

Por otro lado uno de los casos más recientes fue el pronunciamiento de la sentencia **N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05** dictada por la Corte Superior de Justicia de Lima en un Proceso de Amparo – Constitucional, el cual se ha analizado también teniendo en cuenta el objetivo específico planteado dentro de la investigación, siendo que resulta necesario demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

Dentro de un análisis constitucional del caso según lo que se expuso en la demanda, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho fundamental de la identidad de los menores y el principio del interés superior del niño, así como también su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos.

Las cuestiones jurídicas discutibles en el caso recaen en la constitucionalidad de la Resolución Registral N°299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y la Resolución Registral N°300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, pues estas habrían sido las que habrían violado los derechos fundamentales antes señalados.

Teniendo de los hechos descritos se tiene que el 04 de mayo de 2016, los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil – RENIEC.

Acreditan los señores Nieves–Ballesteros que contrajeron matrimonio el 21 de enero del 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito.

Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo.

Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción in vitro reimplantado en el útero de la demandante; sin embargo, el embarazo devino en aborto.

Por ello, en el 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandados únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación.

Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto Cesar Lázaro Salecio, casados, siendo que la primera de las nombradas acepto someterse a la técnica de vientre subrogado heterónomo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado”.

Realizando el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron el Instituto Nacional Materno Parental los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quien habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a esta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N°

79400620 y N° 79400640 y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 00-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC.

Los artículos que jurídicamente se contrapusieron fueron: el Artículo 2°, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, el Artículo 2°, inciso 1 y 4 de la Constitución Política, el Artículo 37° inciso 25 del Código Procesal Constitucional, el Artículo 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Artículo 361° y 388° del Código Civil, el Inciso 3 del artículo 446° del Código Procesal Civil, el Artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.

3.3 Análisis de la legislación comparada

Ha sido necesario hacer uso del análisis de la legislación comparada toda vez que nos ha permitido contrastar el tratamiento legislativo sobre nuestra problemática en otros ámbitos. De tal manera que para hacer un análisis sea sucinto de, como es que las legislaciones de innumerables países alrededor del mundo, se ha visto necesario enfocar el tema de maternidad subrogada.

Tabla 03: Derecho Comparado

MATERNIDAD SUBROGADA		
PAÍSES QUE LA PROHÍBEN	PAÍSES QUE LA PERMITEN	NO EXISTE REGULACIÓN EXPRESA
Alemania Australia Francia Holanda España	Brasil Canadá Escocia India Rusia Suiza	Perú Argentina Colombia Costa Rica Estados Unidos de América(No existe una legislación particular en la mayoría de los estados) Inglaterra

Fuente: Elaboración Propia

Perú

Artículo 7° de la Ley General de Salud N°26842.- Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Nuestra legislación, que de por sí no es una legislación específica, y que al mismo tiempo resulta ser muy pobre, careciendo de sustento e interpretación; pues se cierra en la posibilidad de que se utilicen las técnicas de reproducción asistida sobre una misma mujer, sin siquiera tomar en consideración que no todos los casos suelen darse de esta manera, lo que al mismo tiempo resulta para nuestra opinión sin valor, pues en esta misma línea de interpretación ella misma se contradice, ya que no prohíbe la utilización de la subrogación gestacional que no específicamente como ya sabemos recae sobre la misma mujer sino que por el contrario puede intervenir más de una persona.

Asimismo este artículo específicamente, al ser el único de la Ley General de Salud que habla de técnicas de reproducción asistida, y que de cierta forma me da la razón en considerarlo insuficiente, en tanto que este tema necesita un mayor análisis. Considero también que resulta ser un artículo discriminatorio y atentatorio a derechos constitucionales tales como el derecho a una familia, derechos reproductivos, derecho a la identidad, entre otros.

Canadá

En este país sí es permitida la subrogación gestacional para todos los modelos de familia que existen, indistintamente de la condición sexual y el estado civil. No obstante, la normatividad canadiense dispone una serie de limitaciones, que hace que la búsqueda de una mujer subrogada sea más complicado,

La gestación subrogada en Canadá se encuentra permitida siempre y cuando esta tenga una intención generosa. Lo que significa que la gestante subrogada no recibirá ningún tipo de pago económico por gestar al bebé de la pareja; sin embargo los futuros padres están obligados a pagar todos los gastos que el embarazo pudiera tener. Además se tendrá que indemnizar en situaciones en que se haya perdido días de trabajo por la complejidad del embarazo antes y después.

Asimismo, el reembolso que los padres de intención deberán hacer a la gestante subrogada deberá estar debidamente justificado, siendo permitido por la ley solo un pago de 22.000€ mil dólares canadienses.

En Canadá al igual que Estados Unidos se obtiene una sentencia judicial que se pronuncia a favor de los padres intencionales, permitiendo así una doble nacionalidad

El vientre de alquiler en Canadá tiene un precio total de 60.000€ y 80.000€ aunque se aconseja tener siempre más de lo que aquí se especifica por algunos imprevistos que suelen aparecer en el procedimiento. Las cifras de dinero que se manejan no son de un costo por el servicio sino por el contrario son con respecto a lo que implica el tratamiento reproductivo, que oscila entre 8.000€ y 15.000€, los gastos de abogados, agencia, asesores, seguros, etc.

El único lugar en este país que prohíbe la realización de esta técnica es en la provincia de Quebec, donde se considera nulo el contrato de gestación por sustitución.

Estados Unidos de Norte América

Este es uno de los países que más practica tiene en el proceso de gestación subrogada, habitualmente mal llamada vientre de alquiler, maternidad subrogada o alquiler de vientres. Aunque en EE.UU el precio es el más elevado, este país hace que sea más seguro la utilización de estas técnicas. Por ejemplo California y Illinois son los Estados más solicitados por cuanto cuentan con una ley clara.

Figura 02: Evolución historia dentro de los Estados Unidos de Norte América



Fuente: Elaboración propia

En este país no existe una ley general, por el contrario cada estado maneja sus restricciones y condiciones, existiendo lugares en donde se prohíbe taxativamente la práctica de y en otros donde si es permitido. Siendo que aunque la mayoría de estados no cuenta con un normatividad expresa, se muestran a favor de su aplicación.

El tipo de gestación que se practica es la subrogación gestacional, también calificada como gestación subrogada total o completa., en donde no se necesita el aporte genético de la gestante, sino que tan solo se encargara de gestar al embrión.

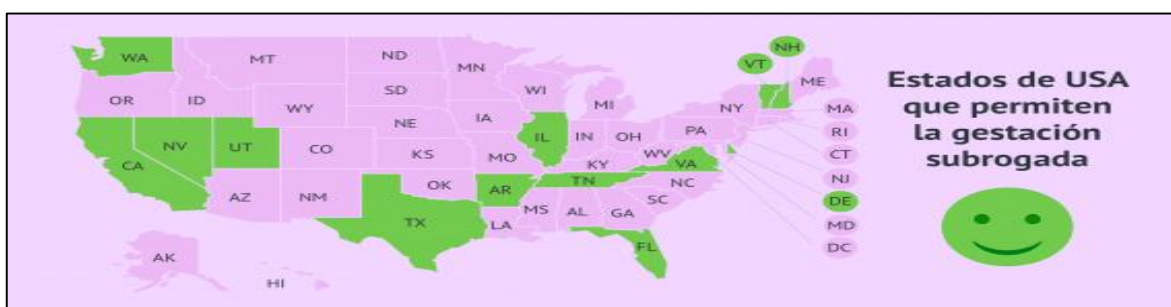
Estados donde se permite

Existen Estados, que si no es por una ley expresa lo hacen por jurisprudencia; sin embargo no todos comparten las mismas condiciones, en la medida que algunos aceptan la gestación altruista, mientras que otros la comercial.

Aquellos Estados en donde no solo no se prohíbe, sino que además pueden acceder toda clase de familias (gay, monoparentales y heterosexuales): Arkansas, California, Delaware, Florida, Illinois, Nevada y New Hampshire.

En estos estados es permitida la subrogación gestacional, pero con restricciones, siendo que a pesar de ser legal el uso de la técnica, los estatutos que se manejan son bastante engorrosos y, por ello no suelen ser lugares de mayor demanda y que existe el riesgo de complicaciones en el procedimiento: Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington.

Figura 03: Mapa de Estados de USA que permiten el embarazo subrogado

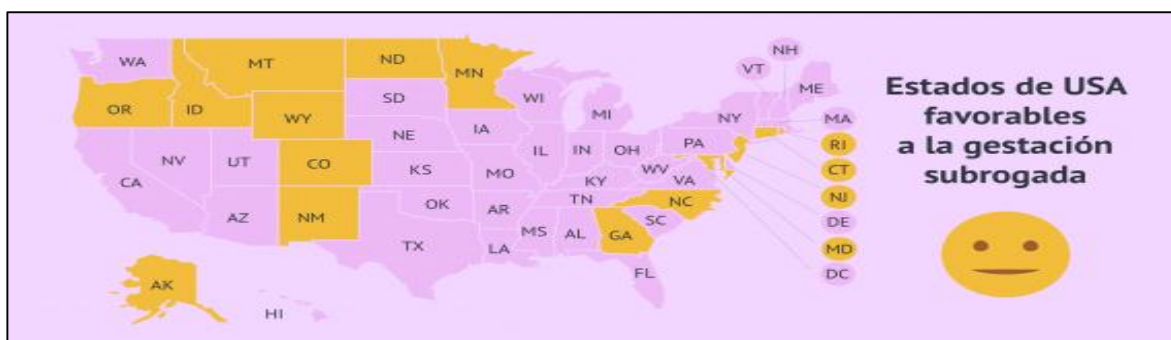


Fuente: Elaboración propia

Estados favorables o “subrogacy friendly”

Aquí los Estados no cuentan con una ley específica, pero no se muestran reacios a la posibilidad de una. Entre ellos están Alaska, Georgia, Colorado, Connecticut, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Montana, Nueva Jersey, Nuevo México, Dakota del Norte, Oregón, Rhode Island y Wyoming.

Figura 04: Mapa de Estados de USA favorables a la gestación subrogada.



Fuente: Elaboración propia

Estados donde se prohíbe

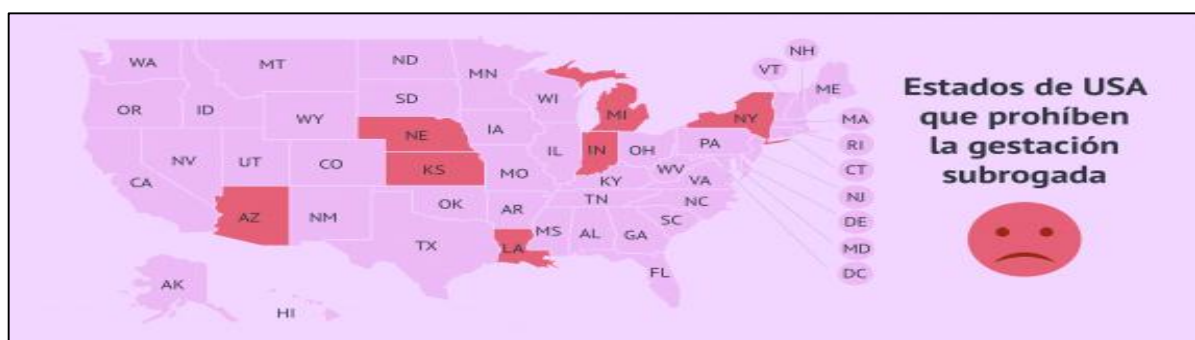
Dentro de los Estados que impiden la gestación subrogada, hay algunos que incluso la juzgan como un delito penal y, por tanto, imponen multas y penas de cárcel, mientras que en otros Estados no establecen ninguna pena sino que simplemente, declaran nulo el acuerdo de subrogación.

Para Arizona, Michigan y Nueva York, la utilización de la subrogación gestacional constituye un delito penal. Así, en Nueva York, por ejemplo, se puede llegar a imponer una multa de hasta \$. 10.000 estadounidenses a los padres

contratantes. Además, todas aquellas personas que faciliten o intervengan como intermediarios en la gestación subrogada se les consideraran culpables de un delito grave y se les sancionaría de igual modo.

En cambio, en Indiana, Kansas, Luisiana y Nebraska es considerado nulo cualquier acuerdo o contrato de gestación subrogada, ya que se considera que la madre legal del bebé es aquella que ha dado a luz.

Figura 05: Mapa de los Estados de USA que prohíben la gestación subrogada



Fuente: Elaboración propia

Argentina

La gestación subrogada y comúnmente mal llamado vientre de alquiler, no resulta ser legal en Argentina, ya que no existe ninguna normatividad específica que la permita. Sin embargo, tampoco existe impedimento expreso, lo que ocasiona un vacío jurídico. Estaba prevista su regulación en el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial, pero que al final de cuentas se tuvo que excluir de la sección de filiación.

Pese a que la falta de regulación de la gestación subrogada por sustitución, el artículo 242° del Código Civil de Argentina determina que será considerada madre legal del niño quien lo traiga al mundo, aunque exista un acuerdo de por medio entre la mujer gestante y los padres de intención.

Para la paternidad como lo indica el artículo 423° del Código Civil Argentino, se definirá a través del vínculo que exista entre la mujer gestante y su marido, pues se presume la paternidad a favor de este y no de los padres intencionales.

En este país si puede darse la posibilidad de que se considere a los padres intencionales como padres legales del nacido, pero esto únicamente bajo la figura de “adopción del hijo del cónyuge”.

Debiendo aportar el futuro padre su material genético para la concepción del embrión, que será luego implantado en la mujer gestante o de ser el caso inseminada con el espermatozoides de este. Y después del nacimiento este padre de intención podrá reconocer legalmente al niño como suyo, siempre que la mujer gestante no tenga una relación matrimonial ya que si esta estuviera comprometida se le atribuirá la paternidad a su marido. Sin embargo, esta paternidad podría ser impugnada alegándose falta de vínculo biológico conforme al artículo 250° y 259° del Código Civil Argentino.

La preocupación que genera esta situación es que, por el hecho de no haber ley concreta sobre subrogación gestacional y en base a que el artículo 242° que establece que la filiación debe determinarse por el parto, el niño se considerada como hijo legal de la gestante y en consecuencia, ésta podría quedarse con él bebe, no teniendo los padres de intención derecho alguno para reclamar, ya que no hay ley que les proteja.

Asimismo, al haber un vacío normativo, se debe evaluar cada caso en un tribunal, que se encargara de tomar una decisión firme a través de una sentencia de filiación, dándose la posibilidad que la maternidad se le termine otorgando a la madre gestante y no a estos padres de intención.

Austria

La gestación subrogada comercial en el que intervenga cualquier tipo de compensación económica se encuentra prohibida en este país.

Así, por ejemplo, en estados como Nuevas Gales del Sur (NWS), Queensland (QLD) y el Territorio de la Capital Australiana (ACT) esta utilización es considerada un delito. Asimismo en NWS, el parlamento va más allá y censura no solo la gestación subrogada con fines de lucro en este territorio, sino que también llega a penalizarlo con hasta dos años de cárcel y una multa de 110.000

€ a los padres intencionales que efectúen un contrato comercial de gestación subrogada en cualquier otro país donde sí se permita esta técnica.

Bajo la legislación de este país, los contratos que se firman no resultan ser concluyentes o vinculantes. Aquí la mujer que alumbra al niño se le considera madre, sea que tenga o no su material genético. Por lo cual, ante el nacimiento del menor por esta técnica de reproducción se hace necesario un orden de filiación que deberá hacerse entre los 28 días y 6 semanas de nacido y antes de los 6 meses, siendo necesario que la gestante renuncie a sus derechos de filiación para cedérselos a los padres de intención, en este tiempo existe la probabilidad de que la gestante se arrepienta y desee ya no entregar al niño, a lo cual estaría en su derecho legalmente.

Si de ser el caso, se hace este orden de filiación fuera del plazo, se tendrá que recurrir a los tribunales para que emitan una sentencia especial y esta se otorgará dependiendo de los criterios que consideren adecuados.

Brasil

No se permite la gestación subrogada comercial, ya que su Constitución impide la comercialización con órganos y tejidos. Por ello, la gestante no puede recibir ningún tipo de compensación económica por llevar el embarazo. Sin embargo, pese a no existir una ley específica que prohíba explícitamente dicha técnica reproductiva, se puede realizar de forma gratuita.

De ahí que, a pesar de la ausencia de ley, se aplica la técnica, ya que con la Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015 que dispone que pueden darse en ciertas situaciones la utilización de la gestación subrogada.

En este país está permitida la gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los siguientes parámetros que son de cumplimiento imprescindible:

- a. Se debe llevar el proceso de gestación de forma desinteresada.
- b. La gestante debe ser un familiar de los padres de intención, que se encuentre bajo la línea de consanguinidad del segundo a cuarto grado (madre, hermana, hija, tía o prima).
- c. No se puede pasar la madre de intención ni la gestante de los 50 años.

- d. La madre de intención debe acreditar la existencia de un impedimento médico invencible.
- e. Las parejas homosexuales no se encuentran excluidas de hacer uso de esta técnica.

Para el reconocimiento de la paternidad por tratamiento de gestación subrogada no existe ley alguna; sin embargo el Código Civil Brasileiro contempla la presunción de la paternidad para los niños nacidos en este país conforme el artículo 1597 que se determina bajo el escenario de si la mujer se encontraba casada al momento de concebir, el hijo es del marido; si existió consentimiento por parte del donante de semen y estaba casado en el nacimiento.

Por consiguiente, como se ha visto el Código Civil no contempla nacimiento por gestación subrogada, por ello para poder querer inscribir en los registros como suyo al hijo nacido por esta técnica, la madre intencional debe tener sentencia firma, de lo contrario inscribirlo sin esto haría que incurra en delito.

España

La gestación subrogada en España se encuentra regulada en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006, en donde se han establecido los requisitos y condiciones de todas las técnicas que se pueden llevar a cabo en clínicas españolas.

Esta legislación no contempla prohibición ni penalidad alguna para llevar a cabo la gestación subrogada, pero si declara nulo el contrato que se realiza, en la medida que no puede concedérsele la maternidad a una mujer que no ha dado a luz.

La ley 14/2006 respalda la premisa “mater sempre certa est”, confiriéndose la maternidad a la mujer que alumbró al niño, es decir, madre será siempre la mujer gestante.

Por lo tanto, si en España se llega a realizar un procedimiento de gestación subrogada, no se daría ningún tipo de seguridad a los padres que convengan con esta gestante para llevar a cabo el proceso gestacional ya que ante la óptica del estado Español, madre legal será la mujer gestante.

México

En este país, la falta de una legislación que contemple la maternidad subrogada (habitualmente llamada vientre de alquiler), ocasiona incertidumbre jurídica, ya que solo son cuatro estados mexicanos se trata a la gestación subrogada en su sistema legal. Así se tiene a:

Tabasco: que solo permite la gestación subrogada generosa para parejas heterosexuales.

Sinaloa: la ley la permite a parejas heterosexuales siempre que exista una incapacitación médica.

Coahuila: en este estado no se acepta, la gestación subrogada Querétaro: al igual que en el caso anterior, no está permitida.

Distrito Federal: existe es una propuesta de ley centrada en asegurar los derechos de filiación de los padres intencionales.

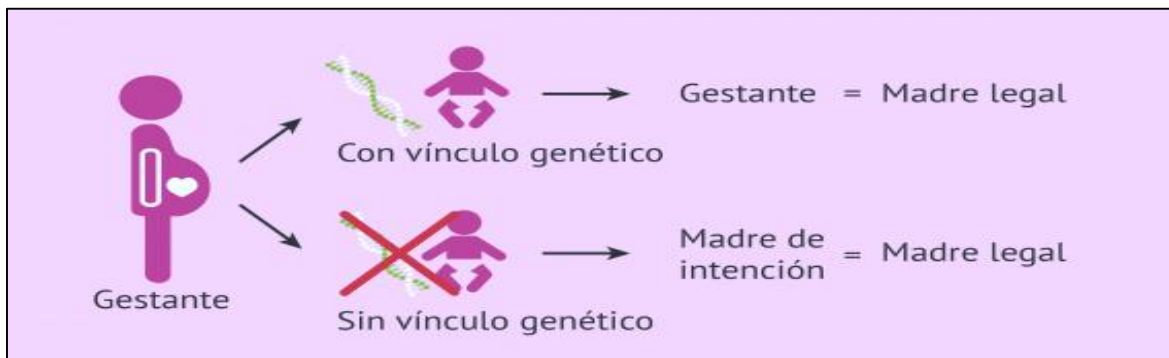
Ley de maternidad subrogada en Tabasco

En primer lugar, resulta necesario indicar que con la última modificación del Código Civil Mexicano, la gestación subrogada en Tabasco ha quedado relegada únicamente para los ciudadanos mexicanos. Antes que se de esta actualización, Tabasco era el único estado mexicano para las parejas extranjeras; sin embargo con esta modificación se les negó a los extranjeros que pudieran acceder a esta técnica en este país.

Se trata de una ley limitativa que, de cumplirse indiscutiblemente, no permitirá la ocurrencia de casos de gestación subrogada, pues cumplir con todos los requisitos resulta algo complejo. Este proceso se realiza de forma directa entre los futuros padres y la gestante, no hay aquí intervención de agencias, ni coordinadores o algún tipo de asesor especializado en gestación subrogada.

El Código Civil de Tabasco entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y facilita el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción.

Figura 06: Filiación en casos de maternidad subrogada en Tabasco



Fuente: Elaboración propia

Ley de maternidad subrogada en Sinaloa

En Sinaloa es indispensable que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos y, además, que se padezca de una incapacidad médica para gestar por parte de la madre de intención.

Ya que, como se refleja en el Artículo 283° de la ley sobre técnicas de reproducción asistida del estado de Sinaloa la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por la pareja intencional, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Del mismo modo existen requerimientos que se deben cumplir para ser una gestante:

- a. Tener entre 25 y 35 años.
- b. Ser ya madre de un hijo consanguíneo sano.
- c. Contar con salud física y mental óptima.
- d. Prestar el consentimiento para dar su vientre.
- e. Acreditación médica que demuestre que no ha estado embarazada un año antes de la implantación del embrión y que no ha participado en más de dos oportunidades en este tipo de procedimientos.

De tal modo, se reconoce cualquier modalidad de gestación subrogada, ello puede ser, parcial, total, altruista o con compensación. Por otro lado actualmente, existe una propuesta de ley con intención de prohibir la gestación subrogada en este estado mexicano, aunque todavía no ha sido aprobada y por tanto continua siendo únicamente una propuesta.

IV. DISCUSIÓN

Dentro de las posiciones en contra, hallamos aquellos que ven en esta técnica una praxis que definitivamente va en contra de los principios del feminismo como las posturas más conservadoras, e inclusive las de la propia iglesia católica.

Para el grupo “No somos Vasijas” (España), el tema de la subrogación gestacional le quita a la mujer el derecho a decidir durante y después del embarazo.

Esta agrupación considera que el contrato que se firma es una forma de imposición, ya que una vez que los contratantes lo firman, resulta ser irrevocable, lo que impide que la madre de alquiler pueda desistirse de entregar al niño. Lo que implica el registro sexual en la mujer; la mercantilización y en comercio de mujeres y la creación de granjas de mujeres.

Determinan que un embarazo no es una técnica de reproducción asistida, inclusive si fuera legislada de forma onerosa, a lo largo nos llevaría hacia un modelo comercial.

Por otro lado a iglesia católica, desde la óptica religiosa ve a la maternidad subrogada como una forma de disfrazar la explotación a la mujer y al menor que está por nacer; estando que ello contraviene el orden natural de la concepción divina, yendo en contra de la moral y la ética, lo que a futuro podría ocasionar problemas de identidad personal en los nacidos. Considera que no se ha tomado en cuenta que los niños y mujeres son seres humanos y que no está dentro de ningún concepto colocárseles un precio.

Varsi (2013, p.394) plantea una discusión relacionada a los impactos de la genética, él como experto señala que los patrones de reproducción que recaen en los seres humanos son definitivamente distintos, dependientes de las variaciones que se han generado en aspectos culturales, biológicos y sociales; cuyos patrones producen efectos sobre las condiciones de salud poblacional y que a su vez reciben, el gran impacto de las recientes tendencias en la formación de la familia y la actitud generada hacia la reproducción.

En miras de formar una opinión más clara acerca de lo que pretende este legislador peruano; es pertinente el realizar un análisis con respecto a las propuestas que se plantean para querer declarar la legitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida Heteróloga y en consecuencia la Maternidad Subrogada conocida como “Ventre de Alquiler”.

Es entonces que creo atribuible brindar mi opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2003/2012-CR, cuya finalidad no es más que tratar de esclarecer temas como, el concebido en nuestro ordenamiento jurídico peruano y asimismo garantizar el reconocimiento que se pueda generar del derecho a formar una familia, el derecho a la salud tanto sexual como reproductiva, y recurrir a los tratamientos médicos.

Cabe también señalar que en el Perú ya existen centros especializados en inseminaciones artificiales y fecundación extracorpórea, y contamos con un banco de espermatozoides. Entonces surge la pregunta ¿Acaso nos hubiéramos imaginado en un pasado, si se podría crear un ser humano en un laboratorio y luego este generaría derechos jurídicos? en nuestra opinión ni en nuestro más remoto sueño lo hubiéramos pensado; sin duda este tipo de técnicas más allá de un beneficio lucrativo será únicamente una esperanza para aquellos hombres y mujeres que no pueden tener niños.

Estamos seguros que esta propuesta de ley busca no solo defender al recién nacido fruto de la utilización de esta técnica innovadora de reproducción sino también a su vez a la pareja dueña del material genético, que confió en una mujer ajena a ellos para que pueda ayudarlos a concretizar su anhelo de convertirse en padres, pero claro está que la realidad nos evidencia todo lo contrario en donde la problemática más común gira en torno a que llegado el momento de entregar al nacido la madre subrogada no desea hacerlo, y se niega rotundamente a separarse del niño.

Pues no podemos cerraros al análisis de las normas de adopción, maternidad y filiación, pues es más que claro que la legislación chilena analizado por Santander sigue el principio romano “pars viscerum matris” o “parte de las entrañas de la madre”, por cuanto la relación de filiación generada, no se debe

solo determinar en cuanto a un aspecto biológico-genético, sino que además debe ser conocido el contexto social del menor, guardando a su vez conexión con los principios del derecho de familia, en la medida sobre el interés superior del niño.

Al respecto, el derecho a procrear dentro de su sentido positivo y negativo compromete no solo una protección a la salud, integridad y dignidad, con la búsqueda de una libre discriminación, en aquella esfera de libertad procreativa, sino también el respeto del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada a la dignidad humana.

Sobre la base de las ideas expuestas, veamos pues que al mundo ya se nos mostró un conocido y controvertido caso de maternidad subrogada llamado Baby M, lo que trajo al centro de los debates el cuestionamiento de la maternidad, para establecer los lazos de parentesco surgidos con la filiación. Por lo cual en el caso en mención se pactó un acuerdo de maternidad subrogada, en donde la mujer gestante luego de nacer la hija, debía de entregarla pero después de alumbrar se arrepiente de darla al matrimonio contratante y decide conservarla, los problemas se suscitan a partir del contrato que habían firmado las partes involucradas.

De lo que se tiene que la madre sustituta había sido inseminada con el espermatozoides del marido de la mujer contratante, a lo que este conflicto de intereses suscitado los llevo hasta la justicia quien después de un largo proceso y tras varias apelaciones, decidió otorgarle la tenencia al padre biológico y los derechos de visita a la madre sustituta; este caso plantea las dificultades éticas que suelen surgir y de las que tanto hacemos referencia, por cuanto las complicaciones que existen en tanto a la determinación de los derechos y responsabilidades que como padres van a surgir del vínculo filial.

La existencia de investigaciones nos arrojan que en distintos países donde se regula la reproducción asistida, se toma el tema de los vientres de alquiler a discusión, considerado entonces que existe una necesidad que en efecto también debe ser regulada ya que implica una práctica extendida y notoria como para no permitirnos estudiarla o en definitiva descartarla por medio de una

laguna legal. Postura que sobre la cual algunos países lo prohíben expresamente se han generado movimientos de apoyo para las personas que piden se les reconozca el derecho a tener hijos por medio de la técnica de maternidad subrogada.

Muchos se atreven a cuestionar el desenvolvimiento emocional y afectivo que se generará dentro del ámbito familiar; la relación físico parental que se desprenderá y en la medida los hechos que se puedan suscitar a raíz de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pero cabe preguntarse por qué siempre cuestionamos todo aquel hecho novedoso.

Los estudios que se han realizados son claros y nos muestran realidad a cerca de los niños que han nacido por medio de una técnica de reproducción asistida y a su vez de familias que han tenido hijos mediante la modalidad de maternidad subrogada, de los cuales no se han apreciado ni complicaciones ni problemas psicológicos que en su momento fueron pronosticados por los críticos, por ello es necesario que a este tipo de prejuicios se les muestre datos concretos de estudios científicos.

Para empezar a sostener un análisis crítico y certero hacia esta investigación, lo más resultante sería el ponernos a pensar que es lo que nos está faltando poner en práctica dentro de nuestro ordenamiento, y que hace que aun sigamos viviendo entre sombras, considero pues entonces que tenemos una deficiencia de normas que puedan regular un supuesto factico a lo cual llamaremos un (vacío normativo) que exige pues una resolución jurídica.

Teniendo las opiniones recogidas en las entrevistas hechas a mis especialistas, para contribuir a mi investigación, la mayoría a considerado que el uso de estas técnicas si resguarda el derecho de familia y vela por el interés del menor en la medida que esta facilita la procreación en los casos que existe la imposibilidad de gestar, opiniones que se contraponen a las sostenida por Bolaños y Vargas quienes no creen que con la subrogación gestacional se proteja a la familia y al interés superior del menor, en cuanto que consideran que el uso de esta técnica transgrede el concepto que constitucionalmente se tiene de familia, la integración como institución natural y fundamental de la sociedad,

siendo un deber y derecho de los padres brindarles seguridad a sus hijos no solo económica sino además emocional y psíquica; por otro lado consideran que esto resulta moralmente reprochable esta última opinión es también compartida por Puente ya que refiere que si se pretende proteger el derecho a una familia como proyecto de vida de una pareja , mas no al interés superior del niño porque lo ideal es que un niño sea concebido naturalmente sin necesidad de subrogación gestacional o de métodos reproductivos . Por el contrario, se utiliza la existencia del niño, si se objetiviza a un niño para la persecución de un proyecto de vida porque para tal situación existe la adopción, siendo que todo ello generaría afectación al derecho a la identidad.

La Ley General de Salud N° 26842 regula en un único y ambiguo artículo, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida resultando ser insuficiente e incompleta en la medida que esta ley no se ha modificado ni tratado de implementar desde la fecha de su publicación esto es 1997, a lo que es visto que ya han pasado 20 años y en todo este tiempo la ciencia ha evolucionado abismalmente

Algunos piensan que esta ley si se encuentra es coherente y pertinente de conformidad a lo señalado por la normatividad constitucional e internacional, porque de no advertirse se estaría promoviendo la subrogación gestacional en una gestación por sustitución de contenido comercial con efectos lucrativos ya que consideran que optar por otro modo seria quebrantar la presunción de maternidad, pues se reputa como madre a quien gestó y dio a luz al niño y no a otra persona.

Que las implicancias que se generaran a partir de la utilización de la subrogación gestacional como técnica de reproducción asistida será en cuanto a la determinación de la relación filial que deberá establecerse entre la mujer que biológicamente es su madre pero que no lo alumbró y la mujer que si lo alumbró pero no que no es genéticamente su madre. Sin embargo la discusión radica en las opiniones contrarias que se tiene ya que consideran que la subrogación gestacional dentro del derecho de familia y del interés superior del niño, generaría incertidumbre e inestabilidad jurídica a la sociedad, generando problemas al momento de definir los lazos filiatorios entre los padres biológicos

y los padres subrogados, además de inseguridad en el menor al no saber con quién identificarse, a quien debería llamarle mamá o papá. Asimismo trasgrede la dignidad de la persona como valor o principio supremo desde el derecho constitucional.

La prohibición de esta técnica de reproducción vulneraría el derecho de ser padres y la institución familiar, aquí hay posiciones equiparadas al opinar algunos que si efectivamente se estaría afectando la institución familiar y violando el derecho de ser padres, ya que las personas que tienen problemas de fertilidad y desean recurrir a un tratamiento que les permita concretizar este deseo una prohibición legal es lo definitivamente afectaría a la institución familiar que es la célula básica de la sociedad y que está por encima de la voluntad del Estado o de fines económicos de algún particular; además de que se vulnerarían derechos constitucionales tales como los derechos reproductivo; asimismo se mantiene también que no que esta prohibición no afectaría en nada al derecho mencionado y la institución señalada, ya que existen otras figuras legales como la adopción que también contempla el derecho de ser padres que aunque no de forma natural pero que se logra ejercer y por tanto no se estaría afectando la institución familiar más por el contrario protege y promueve la paternidad y maternidad responsable.

Como se planteó líneas arriba algunos consideran que la ley que tenemos es suficiente sin embargo para otros ni una propuesta legislativa sería suficiente ya que el tema implica demasiados aspectos que debe trabajarse desde la célula madre que es la constitución, para que a partir de ahí se hagan las reformas respectivas.

En consecuencia estoy convencida que fuera de aquellos juicios morales, de los ataques mediáticos o de los vacíos legales que puedan existir, la maternidad subrogada es ya un hecho, una realidad que ya se comenzó a mostrar y por tanto se le empezó a ver más natural y frecuente, la inmoralidad que se pudo haber creído que se generaba en las primeras épocas está dando paso a una etapa de aceptación.

En suma adopto y comparto la posición de Gallardo, debido a que la maternidad subrogada debería ser controlada y regulada por el propio estado, como una de las formas de acceso a la maternidad y paternidad. Puede prestarse a tener las mismas objeciones que en otros casos, pero es claro que ninguna de estas otras formas cuenta con el planteamiento de un problema ético.

V.CONCLUSIÓN

Primera:

Con esta investigación se ha identificado que las implicancias jurídicas generadas a partir de la subrogación gestacional dentro del derecho de familia buscando resguardar el Interés Superior del Niño son la determinación de la filiación como el vínculo legal, de una realidad biológica presunta, así como también los daños ocasionados al desarrollo integral del menor ante la falta de identificación con sus orígenes.

Segunda:

Que la identidad e integridad dentro de la subrogación gestacional asume un rol preponderante e incide positivamente dentro de la protección del derecho de familia y del Interés Superior del Niño ya que al conocer sus orígenes y desenvolverse dentro de ellos le ayudará a mantener una integridad física y emocional en su vida.

Tercera:

Que el principio del Interés Superior del Niño influye de manera trascendental dentro de los criterios adoptados por los Jueces al momento de resolver con relación a la subrogación gestacional, preponderando normas constitucionales e internacionales.

Cuarta:

Que resulta necesario que el estado regule las técnicas de subrogación gestacional, a través de una normatividad específica, con políticas de control buscando garantizar el derecho de familia y el Interés Superior del Niño.

VI. RECOMENDACIONES

Primera:

Se sugiere que se tomen en cuenta las implicancias establecidas en la investigación, toda vez que ello contribuirá a darle seguridad y estabilidad jurídica a los sujetos intervinientes en un proceso de subrogación gestacional.

Segunda:

Se recomienda se tome en cuenta a la identidad e integridad genética dentro de la protección del derecho de familia como institución básica de la sociedad en la medida que el menor nacido por esta técnica se encuentra en el derecho de conocer sus origen y desenvolverse con su entorno familiar.

Tercera:

Se recomienda que de manera uniforme los magistrados al momento de resolver adopten como criterio básico el velar por el interés superior del niño, preponderando las normas constitucionales e internacionales.

Cuarta:

Que los Jueces deban de tomar en cuenta los reconocimientos internacional de los derechos humanos y su incorporación en las Constituciones de los Estados en los cuales si se permite el uso de técnicas de reproducción asistida; lo que a su vez genera significación a la labor judicial y el papel relevante que desempeñara.

Quinta:

Se recomienda que el legislador implemente una regulación específica que resguarde todos los supuestos contemplados dentro de la utilización de técnicas de reproducción asistida de forma homologa y heteróloga, pues debido a los cambios producidos en el ámbito de la ciencia y la biotecnología, instituciones como la familia se verán modificadas

VII. REFERENCIAS

7.1 Fuentes Primarias

7.1.1 Entrevistas

Aguilar Bolaños Rogger (2017)
Flores Zenteno Miriam Liz (2017)
Israel Ballena Cesar Augusto (2017)
Siadenañi Cecilia Isabel (2017)
Puente Jaramillo Roberto (2017)
Quiñones Quiñones Luis Enrique (2017)
Vargas Huamán Esaú (2017)
Vildoso cabrera Erick Daniel (2017)

7.2 Fuentes Secundarias

7.2.1 Referencias Metodológicas

American Psychological Association (2010). Manual de publicaciones de la American Psychological Association. 6ª ed. México, D.F.: Editorial El Manual Moderno.

Arista M., Gildomero (1984). Metodología de la Investigación Científica. Lima: Editorial Universo.

Barriga, Carlos (1974). Lecciones Preliminares de la Investigación Científica. En “El Fichaje y otras Técnicas Auxiliares”. Lima: Editorial Inide.

Bernal, C (2006). Metodología de la Investigación. 2ª ed. México: Pearson Educación.

Bunge, Mario (1969). La investigación científica. Barcelona: Editorial Ariel.

Caballero, Mario (2009). Innovaciones en las guías metodológicas para los planes y tesis de maestría y doctorado. Lima: Editorial Alencaro.

Hernández Sampieri R., (2006). Metodología de la Investigación. México: Editorial McGraw-Hill.

- Hernández Sampieri, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). Metodología de la Investigación. 4ª ed. México: Editorial McGraw-Hill.
- Hernández Sampieri, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. 5ª ed. México: Editorial McGraw-Hill.
- Kerlinger, Fred (1988). Investigación del Comportamiento. México D.F.: Editorial McGraw-Hill.
- Martínez Miguélez, M. (2006). Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa. 2ª ed. México: Editorial Trillas, S.A de C.V.
- Mejía M., Elías (2008). Metodología de la Investigación en Educación. Lima: Facultad de Educación.
- Novoa R. Eliana (2004). Elaboración de Tesis. Lima: Fondo Editorial Escuela de Periodismo Jaime Bausate Meza.
- Ñaupas Humberto (2009). Metodología de la Investigación Científica y Asesoramiento de Tesis. Lima: Editorial Retai.
- Ocampo, Esteban (2003). Metodología de la Investigación Económica y Social. Lima: Editorial Horizonte.
- Ponce De León, L (2011). Metodología del Derecho. 13ª ed. México: Editorial Porrúa.
- Rivera P., Juan (1987). Teoría y Metodología de la Investigación Educativa. Lima: Editorial Atel.
- RODRÍGUEZ S. y RODRÍGUEZ R. (2000). Teoría y Diseño de Investigación Científica Lima: Editorial Atusparia.
- Sánchez C. Hugo y Reyes, Carlos (1984). Metodología y Diseño de la Investigación Científica. Lima: (NE).
- Zampieri, R. H., Fernández Collado, C., & María del Pilar, B. (2014). Metodología de la Investigación (6ta ed.). México: El interamericana Editores.

7.2.2 Referencias Temáticas

- Águila Ruiz, L., Hornero Méndez, C., Infante Ruiz, F., López De La Cruz, L., López Y López, A. M., Oliva Blázquez, F., Vásquez-Pastor Jiménez, L. (2015). Derecho de Familia. España-Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Alarcón Rojas, Fernando (2002). La maternidad por sustitución. En familia, tecnología y derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barragan, T. G. (2009). Derecho Genético. Lima, Perú: Fondo Editorial de la UIGV.
- Bavio, S. (2010). ¿Quién llamo a la cigüeña? Lima: Gaceta Jurídica.
- Bermúdez (2016). El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada. (Tesis para Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. (Acceso el 23 de agosto del 2016).
- Corral Talciani, Hernán (2005). Derecho y derechos de familia. 1ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Corral Talciani, Hernán (2007). Derecho civil y persona humana, cuestiones debatidas, 1ª ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Donato Busnelli, Francesco (2003). Bioética y Derecho privado. Fragmentos de un diccionario. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Donato Busnelli, Francesco (2010). La tutela jurídica del inicio de la vida humana. En la responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. T.I. Lima: Idemsa.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana (2002). Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa.

Enciclopedia Jurídica Mexicana (2002). Tomo V (M-P), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa.

Facio, Alda (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos.

Fama, María V. (2009). La filiación: aspectos civiles, procesales y constitucionales. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fernández Sessarego, Carlos (2001). Derecho y persona. 4ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Garrido (2009). Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico. Lima: Revista Jurídica.

Jiménez, D. (2010). Las técnicas de reproducción asistida y su regulación, un reto para el derecho, la ciencia y la tecnología. Lima: UbiLex.

Landa, César (2003). Dignidad de la persona humana. En Derecho Constitucional 2. Selección de Textos. Lima: PUCP.

Miranda Luna, Raúl Eduardo y RIDRIGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique (2002). Bioética y derecho de Familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. En familia, tecnología y derecho. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mizrahi, Mauricio Luis (2006). Identidad filiatoria y pruebas biológicas. 1ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Monge Talavera, Luz (2010). Infecundidad Legislativa: Deslices de la Procreación Médica. Actualidad Jurídica. T. 200.

Monroy Cabra, Marco Gerardo (2008). Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia. 10ª ed. Madrid: Editorial ABC.

Morán De Vicenzi, Claudia (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial. Lima: ARA Editores-Universidad de Piura.

Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario (1997). Derecho Genético: Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú. Lima: UMSM.

Sesta, Michele (2002). Pruebas genéticas, “favor veritatis” e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios? En familia, tecnología y derecho. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sierra, J. R. (2012). La vida Humana In Vitro (1era ed.). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2001). Derecho Genético. 4ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2001). Derecho médico peruano. 1ª ed. Lima: Editorial Grijley.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2010). El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. 2ª ed. Lima: Jurista Editores.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2013). Derecho Genético. 5ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Zannoni, Eduardo A. (2002). Derecho de Familia, T.II. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

7.2.3 Referencias Electrónicas

Carracedo (2015). La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido (Tesis de Bachiller). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuperada de
file:///C:/Users/DANIELA/Downloads/CARRACEDO_URIBE_SARAH_FERTILIZACION.pdf

Del Águila Tuesta (2009). Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva perspectiva en el derecho de familia. (Tesis de Doctorado). Universidad de San Martín de Porres. Recuperada de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/maternidad_subrogada_y_sus_efectos_juridicos_2009/maternidad_subrogada_y_sus_efectos_juridicos.pdf

Escobar Fornos, Iván. Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm> (Acceso el 23 de junio del 2017)

Gallardo (2007). Contratación de Madre Subrogada. (Tesis de Licenciatura). Universidad de San Carlos de Guatemala. Recuperada de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6822.pdf

Pérez (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de Técnicas De Reproducción Asistida en el Perú (Tesis de Magíster), Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú. Recuperada de <http://tesis.usat.edu.pe/handle/usat/560>

Santander (2012). El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? (Tesis para Licenciatura). Universidad Alberto Hurtado. Chile. Recuperada de <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>

ANEXOS

ANEXO 01
Matriz de Consistencia

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño
PROBLEMA	Problema General ¿Cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?
	Problema Específico 1 ¿Cómo la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho de familia y el interés superior del niño?
	Problema Específico 2 ¿Cómo el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional?
	Problema Específico 3 ¿Cómo debería el Estado regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño?
SUPUESTO	Supuesto General Las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño son: la determinación del vínculo filial con sus padres biológicos y los posibles daños a ocasionarse al desarrollo integral del menor ante la falta de identificación.
	Supuesto Específico 1 La identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide positivamente en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.
	Supuesto Específico 2 El principio del interés superior del niño si influye de manera trascendental en los criterios que utilizan los jueces para resolver

	<p>casos relacionados a la subrogación gestacional, en cuanto a la preponderancia de derechos constitucionales.</p> <p>Supuesto Específico 3</p> <p>El Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a través de una legislación específica a fin de que con ello se logre garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.</p>
OBJETIVO	<p>Objetivo General</p> <p>Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del Interés Superior del Niño.</p>
	<p>Objetivo específico 1</p> <p>Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.</p>
	<p>Objetivo específico 2</p> <p>Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.</p>
	<p>Objetivo específico 3</p> <p>Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho de familia y el interés superior del niño.</p>
DISEÑO DEL ESTUDIO	No experimental-Teoría fundamentada
POBLACIÓN Y MUESTRA	Población: Lima
	<p>Muestra: 03 Jueces de Familia</p> <p>01 Operador de Justicia(especialista judicial)</p> <p>03 Especialistas Constitucionales</p> <p>01 Medico General.</p>

ANEXO 02

Ficha de Validación de Instrumento

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres:
- 1.2. Cargo e institución donde labora:
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Entrevista
- 1.4. Autor(A) de Instrumento: Flores Guzmán Susan Daniela

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables de la Hipótesis.													
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, hipótesis, variables e indicadores.													
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar las hipótesis.													
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

	%
--	---

Lima, del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. Telf:

ANEXO 02-A

Validación de Guía de entrevista: Dr. Sánchez Chávez Jaime



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Sánchez Chávez Jaime
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente de UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Pamela Flores Guzman

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías de los Supuestos Jurídicos.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos y categorías.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 05 Mayo del 2017


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 05676402 Telf.: 964.266452

ANEXO 02-B

Validación de Guía de entrevista: Dr. Urquiza Maggid Daniel



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: URQUIZA MAGGID, Daniel
 1.2. Cargo e institución donde labora: UM Abogados
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Daniela Flores Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.										X			
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											X		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											X		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables de la Hipótesis.											X		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, hipótesis, variables e indicadores.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar las hipótesis.										X			X
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											X		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 22 de mayo del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 10297249 Telf. 3460517

ANEXO 02-C

Validación de Guía de entrevista: Dr. Israel Ballena Cesar Augusto



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Israel Ballena César Augusto
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Daniela Flores Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.										X			
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.										X			
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.										X			
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.										X			
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales										X			
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables de la Hipótesis.										X			
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.										X			
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, hipótesis, variables e indicadores.										X			
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar las hipótesis.										X			
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.										X			

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

85 %

Lima, 25 de Mayo del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 10796211 Telf.: 997222199

ANEXO 02-D

Validación de Guía de entrevista: Dr. Davila Rojas Oscar



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: DAVILA ROJAS, Oscar
 1.2. Cargo e institución donde labora: PROFESOR DE PI Y DPI en UCY
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Daniela Flores Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											X		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											X		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											X		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las variables de la Hipótesis.											X		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											X		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, hipótesis, variables e indicadores.											X		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar las hipótesis.											X		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											X		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 22 de mayo del 2017


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 10379965 Telf.: 990339847

ANEXO 02-E

Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial: Dr. Chávez Rabanal Mario



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: CHAVEZ RABANAL Mario Contal
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente de la UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis Jurisprudencial
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Pamela Flores Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											X		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											X		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											X		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías de los Supuestos Jurídicos.											X		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											X		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos y categorías.											X		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.											X		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											X		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

85
—

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 30 pro de del 2017

[Firma manuscrita]

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 40511374 Telf.: 985595511

ANEXO 02-F

Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial: Dr. Gamarra Ramos José Carlos



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: GAMARRA RAMOS JOSÉ CARLOS
 1.2. Cargo e institución donde labora: DOCTOR
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía Jurisprudencial
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susana Daniela Flores Cruzman

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías de los Supuestos Jurídicos.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos y categorías.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 28 Julio del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 08819081 Telf.: 963820400

ANEXO 02-G

Validación de Guía de Análisis Jurisprudencial: Dr. Salas Quispe Mariano Rodolfo



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Salas Quispe Mariano Rodolfo
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis Jurisprudencial
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Daniela Flores Guzman

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías de los Supuestos Jurídicos.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos y categorías.												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
 —

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 19 de junio del 2017

SPP
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 06989923 Telf: 953526951

ANEXO 02-H

Validación de Guía de Análisis Legislativo: Dr. La Torre Guerrero Ángel Fernando



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: La Torre Guerrero Ángel Fernando
- 1.2. Cargo e institución donde labora: Universidad Cesar Vallejo S.A.C
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis Legislativo
- 1.4. Autor(A) de Instrumento: Susan Daniela Flores Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											✓		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											✓		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											✓		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											✓		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											✓		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías de los Supuestos Jurídicos.											✓		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											✓		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos y categorías.											✓		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar los supuestos.											✓		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											✓		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 28 De Junio del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 09961844 Telf.: 08758944

ANEXO 03

Guía de Entrevista

Dirigido a Jueces / Magistrados

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

Entrevistado:.....

Cargo:.....

Institución:.....

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

1. En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.

.....
.....
.....
.....
.....

3. A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. ¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique

.....
.....
.....
.....
.....

5. Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la subrogación gestacional persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

7. ¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conceperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)? Explique

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. ¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

10. ¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la técnica de reproducción asistida? Explique

.....
.....
.....
.....
.....

11. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?

.....
.....
.....
.....
.....

Sello y Firma del entrevistado

ANEXO 03-A

Guía de Entrevista: Dr. Quiñones Quiñones Luis Enrique

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A JUECES / MAGISTRADOS

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

Entrevistado: QUIÑONES QUIÑONES LUIS ENRIQUE

Cargo: JUEZ DE JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO

Institución: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

1. **En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

Si es positiva porque hoy en día con el adelanto de la genética el tema de que esto ayude a solucionar el problema de muchas parejas que por temas orgánicos no pueden concebir y que exista una forma de lograr que puedan tener una familia y lo que debe haber es un control a la forma de aplicación y desarrollo

2. **¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

La ley no debe ser discriminatoria pues no debe determinarse de forma genérica, en tanto que cualquier persona que tenga necesidad de utilizarla debe hacerlo.

3. **A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Sera que se le atribuirán todos los derechos que la ley le consagra sea por el modo que sea concebido, en cuanto que la ley no hace distinción alguna

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique**

Su relación recae en saber cuáles son sus orígenes y con ello mantener una integridad física y psicológica del menor. Ya que al quedarse con la madre subrogada este menor nacido no se sentirá identificado con ella, sin embargo pese a poder crecer en una familia que puede ser de esta mujer su integridad emocional en un futuro podrá verse menoscabada al enterarse que ella no es su madre biológica.

5. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?**

Se afecta más que todo un derecho a la familia por cuanto que la persona que tiene problemas con su fertilidad desea recurrir a un tratamiento que le permita poder lograr convertirse en padre y madre y si a esto le sumamos la prohibición legal que existe afectaríamos más aun ese derecho inherente que se tiene como persona.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. **Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la subrogación gestacional persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?**

No pues no creo que actúen bajo ningún tipo de fin económico, pues la preponderancia recae sobre el deseo de llegar a convertirse en padres, la anhelada concretización del proyecto de vida.

7. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

El tema no está en sobreponerse a ningún derecho, pues cada uno goza de derechos diferentes, pero si hablamos de maternidad subrogada hablamos del deber de protección al menor a saber su origen y poder desarrollarse dentro de su familia biológica, en tanto que la mujer que acepto ayudar con la etapa de gestación sabía que este no era su hijo y con ello debía separarse de el al nacer

8. **¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conserperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)? Explique**

Que es una frase muy antigua que en la realidad ya no es del todo cierta pues ahora resulta ser madre quien no lo es y no lo es quien es madre.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. ~~¿Cada vez que la subrogación gestacional deba ser materia de regulación?~~
¿Porque?

Como sabemos se tiene una regulación, pero si bien es cierto esta no resulta ser suficiente y por tanto resulta considerar la existencia de una ley específica sabiendo que estamos entrando en una época de cambios tecnológicos, democráticos, políticos y todo ello tiene incidencia.

10. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la técnica de reproducción asistida? Explique**

Se debe someterse a reglas, estando de por medio la voluntad de las personas intervinientes, de tal forma que no se de hacer tan complicado el tema de filiación a través de la utilización de esta u otra técnica de reproducción pues como ya se dijo si existe voluntad de por medio ya no habría más discusión.

11. **¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Debe darse una nueva legislación orientada a nuevos mecanismos que resulten ser garantistas en cuanto que ya la ciencia lo aprobado y este cambio ayudaría a controlar el tráfico de personas, que no es una práctica ajena a nuestra realidad.

Sello y Firma del entrevistado


PODER JUDICIAL
LUIS ENRIQUE QUIONES QUIONES
JUEZ
JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA AMNORTE

ANEXO 03-B

Guía de Entrevista: Dra. Siadenañi Cecilia Isabel

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A JUECES / MAGISTRADOS

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

Entrevistado: SIADENAÑI CECILIA ISABEL

Cargo: JUEZA DEL CUARTO JUZGADO DE FAMILIA

Institución: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

- 1. En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

Si resguarda el derecho a una familia e indiscutiblemente vela por el interés superior del niño porque se debe tener en cuenta justamente que por ejemplo tenemos que la adopción que es una figura romana a efecto de que la familia pueda mantenerse y extenderse, es una figura que vela tanto por la familia como por el bienestar del menor y más aún la subrogación gestacional lo cual significa que si una persona no puede gestar pueden tranquilamente conseguirlo a través de la ciencia. Tanto así que si el derecho romano como ya se dijo contemplo la figura de la adopción con más razón la subrogación gestacional pues si el espermatozoide con el ovulo puede desarrollarse en el útero femenino de otra mujer debe no negarse esa posibilidad.

- 2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

Lo que pasa es que el artículo 7° de la ley general de salud que habla de las TERAS no ha contemplado las últimas modificaciones que existen al respecto si tomamos en cuenta la fecha en que fue dada esta ley, desde esa fecha no se actualizado con los nuevos parámetros internacionalmente respecto a la formación de la familia.

- 3. A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Desde mi punto de vista no debería darse ningún tipo de consecuencia, lo que sí creo que hay que tener en cuenta es que existen políticas de privacidad para que el menor pueda tomar la forma de su concepción y gestación, siendo esto favorable en cuanto a que cuando llegue a su mayoría de edad.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique**

Se vuelve a plantear la figura de la adopción en cuanto a que cuando se adopta a un niño la figura de madre y padre biológico desaparecen y la nueva filiación se forma con los padres adoptivos por tanto ahí hablamos de identidad, sin embargo la integridad es otra cosa pues aquí se reconoce sus orígenes. Y si el niño ya fue reconocido por los padres como su hijo indiscutiblemente si es necesario que lo sepa debe saberlo sino no tendría por qué saberlo y esto es mejor en cuanto que se busca proteger su integridad emocional, psicológica y mental.

5. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?**

Considero que no se afecta la institución familiar con el uso de esta técnica en cuanto que es una práctica desde hace mucho antes, y que no es una práctica prohibida por la ley

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. **Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la subrogación gestacional persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?**

Definitivamente no porque las personas que se encuentran enfermas o imposibilitadas a efectos de nivelar su autoestima es que quieren tener familia, nada tiene que ver con un fin lucrativo; sin embargo, también no es ajeno que en algunos casos pueda darse la trata de personas que es algo totalmente distinto.

7. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

Cuando se toma una decisión sea buena o mala se deben asumir las consecuencias que estas conllevan, pues si la madre considera que por el bien del menor debe prestarse a situación como esta de la subrogación gestacional está cediendo su derechos primordialmente al niño y es por ello que se debe proteger al menor; si la madre fuera utilizada es ahí donde nos encontraríamos frente a dos derechos, esto es el de la madre a tener al niño y el del menor a conocer su identidad, pero si ella ya lo cedió desde el momento de antes del nacimiento no habría preponderancia que discutir.

8. **¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conserperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)? Explique**

Frase antigua en la que se decía madre siempre es la madre desde el momento que lo es a pesar de que el resto diga lo contrario, lo que no pasa con el padre ya que solamente la madre sabe quién

es el padre y en ese sentido el Tribunal Constitucional se pronuncia al decir que madre es la que engendra no la que alumbró y se va contra este principio.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. **¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

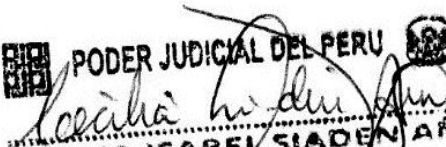
Definitivamente que sí, tenemos muchas instituciones como Concebir. En la actualidad se está viendo la forma de que exista la conservación de gametos femeninos, toda vez que para que se puedan conservar se necesita de un medio idóneo, una temperatura especial en vista que el organismo de cada mujer es totalmente distinto

10. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivó la utilización de la técnica de reproducción asistida? Explique**

Creo que si resulta adecuado que se plante a partir de estos criterios pues el hecho de querer tenerlo y desearlo hace que se a un niño planificado.

11. **¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Si estoy de acuerdo con que se cree una ley especial para el uso de TERAS en la modalidad de subrogación gestacional, siendo necesario poner las reglas de actuación claras para que se eviten problemas


PODER JUDICIAL DEL PERU
CECILIA ISABEL SIADENARI
JUEZ TITULAR
Sello y Firma del entrevistado
CUARTO JUZGADO DE FAMILIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

ANEXO 03-C

Guía de Entrevista: Dra. Flores Miriam Luz

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A JUECES / MAGISTRADOS

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

Entrevistado: MIRIAM LUZ FLORES

Cargo: JUEZA DEL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA

Institución: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño

1. **En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

Si creo que se ve resguardado el derecho de formar una familia porque le da la posibilidad a la pareja de poder disfrutar de la satisfacción de convertirse en padres y el niño crecerá sabiendo su orígenes y en el seno de una familia constituida

2. **¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

Considero que es un artículo genérico pues no toma todas las posibilidades a darse dentro del uso de las TERAS

3. **A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Tal vez no una consecuencia pero si un problema en torno a la relación filial a establecerse entre la madre biológica que no alumbro al hijo y la madre que si lo alumbro pero que no resulta siendo reconocida como madre genética

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique**

Su relación recae en saber cuáles son sus orígenes y con ello mantener una integridad física y psicológica y esta no se desarrolla más que dentro del seno familiar de sus propios padres biológicos.

5. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar ¿Porque?**

De prohibirse si se estaría afectaría la institución familiar que recae en el llegar a tener descendencia y si nosotros prohibimos el uso de técnicas de reproducción asistida que es un aporte de la ciencia para poder lograr tener hijos estaríamos vulnerando derechos constitucionales como son los derechos reproductivos.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. **Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la subrogación gestacional persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?**

No porque creo que lo que persiguen es un anhelo emocional de llegarse a convertir en padres, más que de llegar a negociar con el niño producto de su unión genética.

7. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

Debemos ver que es lo que más prevalece si es el derecho a proteger el desarrollo físico y emocional del menor o el de la madre subrogada que sabiendo que debía entregar al niño porque no era biológicamente su madre y que a su vez debía renunciar a todos los derechos que pudieran resultar de la gestación, es así que ella ya tenía conocimiento, por cuanto debe resguardarse al menor nacido

8. **¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conceperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)? Explique**

Que es una frase muy antigua que actualmente ya no es del todo cierta pues lo único cierto es saber quién es el padre a través de una prueba de ADN pero la madre no se puede determinar de la misma forma para una madre.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. **¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

Si debería regularse la maternidad subrogada, por cuanto la única norma que menciona el uso de técnicas de reproducción asistida resulta ser insuficiente para que sea aplicable en todos los casos.

10. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la técnica de reproducción asistida? Explique**

Creo que debe predominar la intención de querer convertirse en padres para de este modo establecerse el proceso filial, más allá de que se deba atribuir únicamente por el parto.

11. **¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Debe darse una nueva legislación orientada a nuevos mecanismos que resulten ser garantistas para que se protejan el derecho de todos no solo de unos.


PODER JUDICIAL
Seño y Firma del entrevistado
MIRIAM LOZ FLORES ZENTENO
JUEZ
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

ANEXO 04
Guía de Entrevista
Dirigido a conocedores del derecho civil/constitucional.

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.
--

Entrevistado:
Cargo:
Institución:

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

- 1. En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

.....
.....
.....
.....
.....

- 2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que *“la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”*? Fundamente.**

.....
.....
.....
.....
.....

- 3. A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. ¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique

.....
.....
.....
.....
.....

5. Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. ¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

7. ¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conceperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?

.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

8. ¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

9. ¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique

.....
.....
.....
.....
.....

10. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?

.....
.....
.....
.....
.....

Firma y Sello del entrevistado

ANEXO 04-A

Guía de Entrevista: Dr. Vildoso Cabrera Erick Daniel

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES DEL DERECHO CIVILC/CONSTITUCIONAL.

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado: ERICK DANIEL VILDOSO CABRERA

Cargo: D.T.C

Institución: U.C.V

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

- 1. En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

SI, porque la subrogación gestacional es una técnica asistida que solo facilita la procreación de un niño pero no reemplaza el interés de perpetuar el legado y el cariño.

Lo que no sucede con la mujer que presta su vientre, quien persigue más bien un interés, por lo general, meramente económico

- 2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

Me parece una norma inconstitucional y atentatoria contra los derechos humanos. Específicamente contra el derecho constitucional del desarrollo la personalidad. Todo ser humano como parte de su proyecto de vida, puede aspirar a prolongar su estirpe familiar y a su vez acceder al uso de nuevas tecnologías relacionadas a la medicina cuando por medios naturales no podría tener a un niño. Negarle esta posibilidad sería retroceder a tiempos ancestrales.

- 3. A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Considero que las consecuencias que pueden darse pueden ser en torno a la relación paterno - filial que ha de generarse con los padres biológicos y los gestacionales, pues los primeros buscaron el mecanismo de concretar su anhelo de ser padres a través del uso de estas técnicas de reproducción y los segundos lo lograron de forma natural a través del parto del menor.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique**

Existe una relación innegablemente proporcional.

5. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?**

Sí, porque el interés noble de procrear un niño para constituir la familia, que son la célula básica de la sociedad está por encima de la voluntad del Estado o de fines económicos de algún particular.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

Sí, porque el niño es sujeto de derecho y no objeto de derecho por lo tanto el interés del niño debe primar en estas circunstancias.

7. **¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo concerperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?**

Que es una expresión propia de tiempos ancestrales, cuando no existía el “vientre de alquiler”

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

8. **¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

Sí, porque sería reconocer legalmente una realidad.
Aparte, serviría para frenar abusos de una u otra parte.

9. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique**

Todas las técnicas y ninguna a la vez. La mejor aplicación del criterio es la que fortalezca al interés superior del niño.

- 10. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Estaría regulado en el libro de contratos del Código Civil por lo que la obligatoriedad del cumplimiento recaería en el principio "Pacto Sunt Servanda"



Firma y Sello del entrevistado

ANEXO 04-B

Guía de Entrevista: Dr. Israel Ballena Cesar A.

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES DEL DERECHO CIVIL/CONSTITUCIONAL

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado: MG. CÉSAR A. ISRAEL B.

Cargo: DOCENTE U.C.V

Institución: UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO- LIMA NORTE

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

1. **En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

Si, pues guarda la extensión de los padres, protegiendo el derecho de familia, siempre y cuando las parejas se vean imposibilitadas a lograrlo.

2. **¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

Que es una ley incompleta y contradictoria porque conlleva a error. En cuanto que tenemos un sistema proteccionista romano germánico que queramos o no debemos acatarlo.

No resulta ser una ley discriminatoria, pues va en consonancia con nuestro ordenamiento. Siendo que como se dijo induce a error pero más error o más confusión te genera una jurisprudencia contraria.

3. **A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

De por si nuestro sistema está prohibido, tú no puedes pactar un contrato; sin embargo, ha habido casos en los que se han dado, que sin duda resultan siendo una liberalidad. Existen contrataciones en los cuales no se da ningún tipo de contraprestación, lo que no sucede en Europa. Por ejemplo el caso de unos homosexuales que suscribieron un contrato pero que acá en el Perú no era válido porque se disponía de la vida humana y eso no se puede hacer

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. ¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique

La identidad es un derecho fundamental e inherente al ser humano, es esa necesidad de identificarse con un grupo humano, de buscar tus orígenes, por lo que resulta ser un derecho inalienable. Casos se han dado en Europa en el que el donante anónimo dejó de ser anónimo.

En el Perú existe presunción de paternidad cuando se nace dentro del matrimonio, siendo que existe también plazo de caducidad y eso resguarda el derecho a la identidad. Por lo cual estos plazos resultarían ser la protección al menor.

5. Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

Porque prohibir algo que ya está dado, en cuanto que nadie está obligado hacer lo que la ley no manda.

Una prohibición sería una “cachetada” a la tecnología y a la ayuda que se le puede dar a una pareja que no pudo lograr tener hijos, el llegar a convertirse en padres.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. ¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

Es un tema debatible. Por ejemplo el TC últimamente ha impuesto una forma de decir que hay diferentes tipos de madres, pero ello no genera un precedente vinculante, solo resulta ser aplicable para el caso en específico. Y en relación a la pregunta no se sobrepone en tanto que si ya nació el ordenamiento ya lo protege; sin embargo, no se discute el tema de la protección, sino el tema de la filiación pues ¿a quién le corresponde llamársele madre o padre?, generando esto problemas. El niño no se encuentra desprotegido el problema son las relaciones paterno – filiales que se vuelven flexibilizadas y relativistas.

7. ¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?

Es una expresión romana que ha quedado desfasada en el tiempo por las técnicas de reproducción humana asistida.

Pues ahora una madre no necesariamente es la que tiene el componente genético.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

- 8. ¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

Definitivamente que sí .El tema del componente genético no puede quedar amparado en la libertad contractual.

Desde el omento de la concepción se debe tener una información centralizada. Siendo que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú regula la libertad contractual y esta tiene un límite al hablar de la vida humana y es necesaria una legislación para que limite algunos supuestos potencie otros.

- 9. ¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique**

Si debe determinarse en base a la intención del querer, pero previamente deberá regularse las técnicas de reproducción asistida y paralelamente modificarse el código de familia

- 10. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Cambio constitucional porque una sola norma no basta
Modificarse el libro valorativo que es la Constitución.

César A. Israel B.

Firma y Sello del entrevistado

DNI 10796211.

ANEXO 04-C

Guía de Entrevista: Dr. Vargas Huamán Esaú

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES DEL DERECHO CIVIL/CONSTITUCIONAL.

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado: ESAÚ VARGAS HUAMÁN

Cargo: DOCENTE U.C.V

Institución: SUPERIOR

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

1. **En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

En lo personal, la subrogación gestacional es moralmente reprochable concordante con la opinión con la comunidad científica, por tanto, me sustraigo de a consideración de resguardar el derecho a una familia, porque, considero que jurídicamente lesiona los preceptos legales, constitucionales y de la normatividad internacional.

2. **¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que “la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”? Fundamente.**

Considero que es pertinente y coherente de conformidad a lo señalado por la normatividad constitucional e internacional, porque, de no advertirse se estaría promoviendo la subrogación gestacional en una gestación por sustitución de contenido comercial con efectos lucrativos.

3. **A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Considero varias consecuencias jurídicas como:

- ✓ El derecho a la familia de la madre subrogada.
- ✓ El derecho a una calidad de vida de la madre subrogada.
- ✓ El derecho a una calidad de vida del hijo procreado por padres intencionales y gestado por madre subrogada
- ✓ Negación de la paternidad de los padres biológicos
- ✓ Consecuencia de conflictos por los padres no biológicos como el caso de la CAS. 563-2011.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique**

Existe una relación jurídica, social y biológica por cuanto la familia es una institución jurídica resultante del varón y la mujer con fines de procrear hijos que guarda relación con el principio de interés superior del niño, en consecuencia la investigación científica está en permanente desarrollo para encontrar una solución viable del desarrollo a una familia.

5. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?**

La subrogación gestacional no está prohibida, ni aprobada, esto es, no existe una regulación expresa que regule la subrogación gestacional, tampoco existe una normatividad que prohíba contundentemente, porque de existir los padres intencionales no recurrirían a estos métodos de procreación no legislada.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

Considero que, de procrearse un hijo mediante la subrogación gestacional, es ineludible dejar de lado el principio del interés superior del niño, que está por encima de los intereses de los padres gestacionales y de los padres intencionales, incluso el hijo puede desarrollarse en ambos escenarios de familia si así lo considera.

7. **¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo concerperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?**

Es una expresión que puede ser de parecer de cierto sector de la sociedad, como también, otro sector de la misma puede precisar contrariamente, en todo caso, se puede apreciar desde el aspecto sociológico; sin embargo, desde el marco normativo tiene causas y consecuencias.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

- 8. ¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

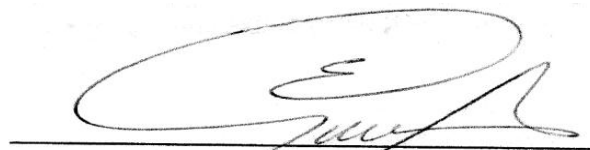
Por el momento no, porque colisiona con los derechos fundamentales entre los padres intencionales y los padres gestacionales, en todo caso, considero que la ciencia médica debe resolver esta problemática a fin de no lesionar el derecho a una familia de los padres intencionales.

- 9. ¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique**

El estado debe asumir su rol de vigilante sobre estos temas polémicos y evitar conflictos entre los padres intencionales y los padres gestacionales que afectan y afectarían a los hijos ya nacidos o por devenir.

- 10. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Considero innecesaria una regulación sobre subrogación gestacional, porque resulta perjudicado el hijo, por tanto, el estado debe velar por el pleno respeto de las normas vigentes evitando gestaciones por sustitución; sin embargo, de advertirse tales situaciones recomendaría la institución jurídica de la adopción, señalada en el Código de Niños, Niñas y Adolescentes.



Firma y Sello del entrevistado
DNI: 31042328

ANEXO 04-D

Guía de Entrevista: Dr. Aguilera Bolaños Rogger

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES DEL DERECHO CIVIL/CONSTITUCIONAL.

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado: AGUILERA BOLAÑOS ROGGER

Cargo: ASISTENTE JUDICIAL

Institución: SALA DE FAMILIA PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

1. **En su opinión ¿Cree usted que la subrogación gestacional resguarda el derecho a una familia y vela por el interés superior del niño? ¿Porque?**

No resguarda el derecho de familia y tampoco vela por el interés superior del niño, considero que el uso de la subrogación gestacional como una técnica de reproducción asistida lo único que hace es transgredir el concepto que constitucionalmente se tiene de familia; la integración como institución natural y fundamental de la sociedad, dicha institución pide y exige que se le dé seguridad a los menores no solo económicamente sino también emocional y psíquica para el logro de su desarrollo.

2. **¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que *“la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”*? Fundamente.**

Para mi es una norma que se encuentra incompleta, en tanto que no hace una definición taxativa de la prohibición de las técnica de reproducción asistida heterologa, lo que deja abierta la posibilidad de que se practique, en tanto que no hay legislación que lo prohíba o penalice.

3. **A su criterio ¿Qué consecuencias jurídicas tiene hacer la subrogación gestacional en el derecho de familia, en resguardo del interés superior del niño?**

Traería consigo incertidumbre e inestabilidad jurídica por cuanto ante la regulación de esta técnica asistida se generara problemas para la definición de lazos filiatorios, la

inestabilidad del menor a no saber con quién identificarse a quien debería llamar “mamá” o “papá”.

La dignidad como valor o principio supremo desde el derecho constitucional que se verá transgredido.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el interés superior del niño.

4. ¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el interés superior del niño? Explique

Si existe relación, en cuanto a la identificación que debe darse con un grupo de personas y eso no podrá lograrse si es que se tiene dos padres o dos madres, por ello lo ideal es que esta identidad se defina desde el momento del nacimiento con la persona que la trajo al mundo, siendo que su integridad no es precisamente una característica corporal o funcional que le corresponde como persona sino una virtud que le permite tener su cuerpo sano; sin ningún tipo de afectación o disminución.

5. Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

No, porque existen otras instituciones (figuras) como la adopción que también contempla el derecho de ser padres que no es por vía natural pero aun así se logra y no se afecta la institución familiar más por el contrario la protege y promueve la paternidad y maternidad responsable.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

6. ¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

Debe evaluarse la ponderación de estos dos derechos, primero hay que tener en cuenta que para tratar de respaldar/ proteger el derecho del niño es necesario que este nazca vivo y esto se lograra teniendo en consideración primero a la mujer que lo gesta, por cuanto sin ella no sería posible la atribución a derechos conexos, tanto patrimoniales como sucesorios.

7. ¿Qué opinión le merece la expresión “mater semper certa est etiam si vulgo conperit” (la madre siempre cierta es a pesar de que la sociedad diga que no lo es)?

Que es una expresión latina que se refiere que madre es siempre conocida, de lo que se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño

8. **¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

No, porque de admitirse se vulneraría principalmente derechos constitucionales de la persona.

9. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique**

Considero que no debe determinarse en base a estos criterios, puesto que la intención y el querer lo tiene toda persona y ello no debe ser lo único que determine la filiación, sino que además existen otros criterios de determinación de filiación, por lo cual considero que debe partirse de otros criterios como lo refieren nuestras normas legales; como puede ser a través del parto. Lo es el alumbramiento.

10. **¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

Ninguna, por el contrario considero que debe prohibirse específicamente a esta técnica de reproducción en el artículo 7° de la ley general de salud N°26842.


PODER JUDICIAL
RANCER SMITH AGUILERA BOLANOS
Firma y Sello del entrevistado
SALA DE FAMILIA PERMANENTE
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

ANEXO 05

Guía de entrevista dirigida a Conocedores en la Ciencia de la Medicina y la Psicología

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES EN LA CIENCIA DE LA MEDICINA Y LA PSICOLOGIA

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado:

Cargo:

Institución:

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

1. ¿Cómo definiría Ud. la subrogación gestacional?

.....
.....
.....
.....

2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que *“la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”*? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

3. En su consideración cree usted que mediante la subrogación gestacional como técnica de reproducción asistida se logra desarrollar el proyecto de vida a formar una familia y se vela por el interés superior del niño? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el Interés Superior del Niño.

4. ¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el Interés superior del Niño? Explique

.....
.....
.....
.....

5. ¿Cuáles cree que son las principales causas o razones que conllevan a la utilización del procedimiento de maternidad subrogada? Explique

.....
.....
.....
.....

6. Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?

.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el Principio del Interés Superior del Niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

7. ¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

8. Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la maternidad subrogada persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?

.....
.....

.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. ¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación?
¿Porque?

.....
.....
.....
.....
.....

10. ¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?

.....
.....
.....
.....
.....

Firma y Sello del entrevistado

ANEXO 05-A

Guía de Entrevista: Dr. Puente Jaramillo Roberto

GUÍA DE ENTREVISTA

DIRIGIDO A CONOCEDORES EN LA CIENCIA DE LA MEDICINA Y LA PSICOLOGIA

TÍTULO:

Implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

Entrevistado: ROBERTO PUENTE JARAMILLO

Cargo: MÉDICO

Institución: MINSA

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

1. ¿Cómo definiría Ud. la subrogación gestacional?

Es un método alternativo para hacer viable la reproducción basada únicamente en el aspecto genético.

2. ¿Qué opinión le merece el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, en cuanto a la utilización de las TERAS, teniendo en cuenta que la norma expresa como condicionalidad que *“la condición de madre genética y madre gestacional recaiga en la misma persona”*? Fundamente.

Estoy de acuerdo con la norma: porque de optar de otro modo sería quebrantar la presunción de maternidad, pues se reputa como madre a quien gestó y dio a luz al niño y no a otra persona.

3. En su consideración cree usted que mediante la subrogación gestacional como técnica de reproducción asistida se logra desarrollar el proyecto de vida a formar una familia y se vela por el interés superior del niño? ¿Por qué?

Sí, pero esta no es la vía más adecuada; porque existen formas menos gravosas de satisfacer ese deseo como es la adopción, y avalaría que la concepción fuera aceptada por quienes desean lucrar.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar si la identidad e integridad genética dentro de la subrogación gestacional incide en la protección del derecho a una familia y el Interés Superior del Niño.

4. **¿Qué relación cree usted que guarda la identidad e integridad genética con el derecho a una familia y el Interés superior del Niño? Explique**

La identidad genética no siempre se relaciona con el derecho a una familia, porque algunas personas son criadas y tienen una familia con quienes los criaron que no necesariamente son sus padres. La identidad genética es la parte objetiva de la identidad de un niño y lo ideal es que esta coincida con la de sus padres (relación paterno- filial). El derecho a saber quiénes son sus padres es parte del interés superior del niño. Esta es la relación.

5. **¿Cuáles cree que son las principales causas o razones que conllevan a la utilización del procedimiento de maternidad subrogada? Explique**

La única razón es tener hijos con los mismos genes y lo que prevalece es la identidad genética (solo ámbito objetivo) y no el interés superior del mismo.

6. **Considera Usted que de prohibirse la subrogación gestacional se estaría vulnerando el derecho natural de ser padres y con ello se estaría afectando a la institución familiar? ¿Porque?**

No, porque eso es posible con la adopción y los derechos no son absolutos.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Demostrar si el Principio del Interés Superior del Niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

7. **¿Cree usted que el derecho del menor nacido por subrogación gestacional a conformar una familia con sus padres genéticos debe sobreponerse al derecho de la madre gestante? ¿Por qué?**

Esta es una conducta que debería desincentivarse, por tanto, la identidad genética no siempre debe prevalecer, más aun si el genoma no podría subsistir sin el vientre con el que se relaciona física y psicológicamente.

El niño escucha la voz de la madre gestante y depende de ella para subsistir y existir no solo como concebido.

8. **Ud. Considera que las parejas con problemas de esterilidad u otros males congénitos que optan por la maternidad subrogada persiguen un fin egoísta o lucrativo? ¿Por qué?**

Considero que la decisión de estas parejas, es un tanto egoísta más que lucrativa y no toman en cuenta que ningún derecho es absoluto.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Considerar la forma en que el Estado debería regular el reconocimiento filial en procesos de subrogación gestacional a fin de garantizar el derecho a una familia y el interés superior del niño.

9. **¿Usted considera que la subrogación gestacional debería ser materia de regulación? ¿Porque?**

No, porque no debería admitirse.

10. **¿Cómo considera que debe determinarse la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en base al criterio de la voluntad, de la intención y del querer de la causa que motivo la utilización de la Técnica de Reproducción Asistida? Explique**

Hay que considerar que la filiación no se limita a un aspecto genético, por lo cual la técnica de reproducción asistida o la subrogación gestacional no es el único mecanismo de adquirir filiación.

11. **¿Qué consideraciones cree que se deben tener en cuenta para el cambio de legislación o en todo caso para la implementación de un nuevo mecanismo de protección? ¿Cuál sería su propuesta de cambio?**

No comparto la propuesta.



Firma y Sello del entrevistado
Dr. ROBERTO PUENTE J
CMP 17264

ANEXO 06
Guía de Análisis Jurisprudencial

DESCRIPCIÓN GENERAL	
Número de Expediente	
Órgano Competente	
Materia	

OBJETIVO:

		Marcar	
		SI	NO
Ítems			
1. Se estableció la cuestión de discusión de la controversia.			
Describir la cuestión			
2. Se determinó la consecuencia jurídica de la controversia.			
Describir lo determinado			
3. Se sometió a consideración los hechos o antecedentes controversiales			
Describir los hechos o antecedente			
Fecha de los hechos			
1. Se señaló la divergencia de la relación jurídica contractual			
Describir la divergencia contractual.			
2. Se señaló artículos que generan controversia			
Norma Jurídica			
Artículo Jurídico			
3. Se aplicó una medida correctiva por el Órgano Competente			
Medida Correctiva			

SE RESOLVIO:

ANEXO 06-A
Analysis Jurisprudential CAS N° 563-2011

GUIA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

DESCRIPCIÓN GENERAL	
Número de Expediente	CAS. N° 563-2011 LIMA
Órgano Competente	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Materia	Adopción(Excepción) de menor

OBJETIVO ESPECIFICO N°01

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

		Marcar	
Ítems		SI	NO
4. Se estableció la cuestión de discusión de la controversia.		X	
Describir la cuestión	El interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres a ejercer la patria potestad, dilema basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero.		
5. Se determinó la consecuencia jurídica de la controversia.		X	
Describir lo determinado	Si procedía la adopción porque había que primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandados, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla del seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Declarando infundado el recurso de casación.		
6. Se sometió a consideración los hechos o antecedentes controversiales		X	
	<ol style="list-style-type: none"> 1. El matrimonio de doña Diana Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone encargaron a una mujer Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pago una alta suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos). 2. La fecundación del bebe se realizó con el gameto del esposo Giovanni Sansone, por lo que biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. 		

Describir los hechos o antecedentes	<p>3. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, paterna, a favor de su conviviente Paul Frank Palomino Cordero, quien realizó un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre Giovanni Sansone no figuraba como padre formal o legal.</p> <p>4. El padre comitente no solo era el padre biológico de la niña, sino que, además, por el parentesco que le unía a la mujer que alquiló su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.</p> <p>5. Después del alumbramiento, la niña de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Estos iniciaron un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y se desistieron de continuar con la adopción.</p>		
Fecha de los hechos	26 de diciembre del 2006		
4. Se señaló la divergencia de la relación jurídica contractual		X	
Describir la divergencia contractual.	Contrato de alquiler de vientre		
5. Se señaló artículos que generan controversia		X	
Norma Jurídica	Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes		
Artículo Jurídico	<p>Artículo 115° y 128° inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes.</p> <p>Artículo 378° inciso 1 y 5 del Código Civil</p> <p>Artículo 381° Código Civil</p>		
6. Se aplicó una medida correctiva por el Órgano Competente			X
Medida Correctiva	No precisamente una medida correctiva pero si se dio inició a un Proceso Penal N° 42961-2009 en donde el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, por los delitos de extorción y alteración del estado civil de un menor.		

SE RESOLVIO:

- 1. INFUNDADO** el recurso de casación de fojas novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Muñoz: en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.
- 2. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor.

ANEXO 06-B

Análisis Jurisprudencial Sentencia Exp. N° 6474-2016 GUIA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

DESCRIPCIÓN GENERAL	
Número de Expediente	06374-2016-0-1801-JR-CI-05
Órgano Competente	Corte Superior de Justicia de Lima
Materia	Proceso de Amparo - Constitucional

OBJETIVO ESPECIFICO N°01

Demostrar si el principio del interés superior del niño influye en los criterios que utilizan los jueces para resolver casos relacionados a la subrogación gestacional.

		Marcar	
Ítems		SI	NO
7. Se estableció la cuestión de discusión de la controversia.		X	
Describir la cuestión	Que se deje sin efecto la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y la Resolución Registral N° 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC		
8. Se determinó la consecuencia jurídica de la controversia.		X	
Describir lo determinado	<p>Que al momento del nacimiento, los menores L.N.N.R y C.D.N.R fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser quien los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.</p> <p>A lo que posteriormente se dio inicio a dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se le declare como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores procediéndose a la respectiva rectificación.</p> <p>Tras ello, RENIEC declaró improcedente ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo</p>		
9. Se sometió a consideración los hechos o antecedentes controversiales		X	
	<p>1. El 04 de mayo de 2016, los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil – RENIEC.</p>		

<p>Describir los hechos o antecedentes</p>	<ol style="list-style-type: none"> 2. Acreditan los señores Nieves–Ballesteros que contrajeron matrimonio el 21 de enero del 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito. Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción in vitro reimplantado en el útero de la demandante; sin embargo, el embarazo devino en aborto. 3. Por ello, en el 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandados únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto Cesar Lázaro Salecio, casados, siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónomo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado”. 4. Realizando el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron el Instituto Nacional Materno Parental los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quien habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a esta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes. 5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC. 6. Los demandantes Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y el interés superior del niño de los menores; asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.
<p>Fecha de los hechos</p>	<p>19 de noviembre del 2015</p>
<p>7. Se señaló la divergencia de la relación jurídica contractual</p>	<p>X</p>
<p>Describir la divergencia contractual.</p>	<p>Acuerdo privado de útero subrogado (contrato)</p>

8. Se señaló artículos que generan controversia		X	
Norma Jurídica	Constitución, Código Procesal Constitucional, Código Civil, Código Procesal Civil, CADH y la Ley General de Salud.		
Artículo Jurídico	<p>Artículo 2°, inciso 24, literal a) de la Constitución Política</p> <p>Artículo 2°, inciso 1 y 4 de la Constitución Política.</p> <p>Artículo 37° inciso 25 del Código Procesal Constitucional</p> <p>Artículo 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.</p> <p>Artículo 361° y 388° del Código Civil.</p> <p>Inciso 3 del artículo 446° del Código Procesal Civil.</p> <p>Artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.</p>		
9. Se aplicó una medida correctiva por el Órgano Competente			X
Medida Correctiva			

SE RESOLVIO:

DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco y por los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., en consecuencia:

- 1. SE DECLARO NULAS** las resoluciones registrales: N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
- 2. SE ORDENO a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
- 3.** Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.
- 4.** Con costos.
- 5.** Notifíquese en el día.

ANEXO 06-C

Análisis Jurisprudencial Sentencia Exp. N° 183515-2006

GUIA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

DESCRIPCIÓN GENERAL	
Número de Expediente	Exp. 183515-2006-00113
Órgano Competente	Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia del Poder Judicial
Materia	Impugnación de maternidad

OBJETIVO GENERAL

Identificar cuáles son las implicancias jurídicas de la subrogación gestacional en el derecho de familia en resguardo del interés superior del niño.

		Marcar	
Ítems		SI	NO
10. Se estableció la cuestión de discusión de la controversia.		X	
Describir la cuestión	La consignación errónea en la partida de nacimiento, de manera que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich de La Oliva esto es, según su partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich de La Oliva.		
11. Se determinó la consecuencia jurídica de la controversia.		X	
Describir lo determinado	Inscripción y reconocimiento efectuado por doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva como madre de la niña, en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores.		
12. Se sometió a consideración los hechos o antecedentes controversiales		X	
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Que entre los años 1992 y 1993 conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el 14 de junio del 2003, fecha en la cual contraen matrimonio civil; 2. Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha 17 de julio de 1998 decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha 28 de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnostico que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado pues mediante una ecografía practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... <i>riñones hipoplacidos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices</i> 		

<p>Describir los hechos o antecedentes</p>	<p><i>en ambos riñones ...</i> enfermedad que se originó a los tres años de edad debido a una leve infección uterina inadecuadamente atendida que motivo que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dando lugar a un doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste más rápido de lo normal, que al diagnosticársele “... <i>insuficiencia renal neuropatía por analgésicos y hipertensión arterial...</i>” el médico tratante doctor Batillana le confirió que <i>su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir;</i> siendo que al no poder resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendida por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirió la posibilidad de emplear el método de “maternidad subrogada”, denominado así porque es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo <i>que ha sido concebido con el ovulo y el esperma de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo alberga.</i></p> <p>3. Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich de la Oliva, ofreció su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de “maternidad subrogada” en cuyo vientre se iba a implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja.</p> <p>4. Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en setiembre del 2004 se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como de los espermatozoides de su cónyuge Luis Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich de La Oliva, con un 19% albergarla exitosamente, culminado el embarazo, el mismo que se llevó con normalidad, hasta que el 6 de mayo del 2005, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesare en la Clínica Miraflores, y desde esa fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor.</p> <p>5. Sin embargo; el día que nace su hija, la Clínica Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich de La Oliva esto es, según su partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich de La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos más.</p>
<p>Fecha de los hechos</p>	<p>Setiembre del 2004</p>
<p>10. Se señaló la divergencia de la relación jurídica contractual</p>	<p>X</p>
<p>Describir la divergencia contractual.</p>	<p>La corrección de partidas de nacimiento de la menor suscrita como hija de la madre de la actora.</p>
<p>11. Se señaló artículos que generan controversia</p>	<p>X</p>

Norma Jurídica	Constitución Política, Código Civil, Código de Los Niños y Adolescentes.		
Artículo Jurídico	Artículo 2° inciso 1 y 4 de la Constitución Política Artículos 1°,9°,20°,233°,236° del Código Civil Artículos I y IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes. Artículo 6° y 8° del Código de Los Niños y Adolescentes.		
12. Se aplicó una medida correctiva por el Órgano Competente			X
Medida Correctiva			

SE RESOLVIO:

- 1. FUNDADA** la demanda de **IMPUGNACION DE MATERNIDAD**, interpuesta por doña Carla Monique See Aurish contra doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva y don Luis Eduardo Mendoza Barber y en consecuencia **DECLARO** que la niña **DANIELA MENDOZA AURISH** es hija de la demandante Carla Monique See Aurish la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña;
- 2. DISPUSO** dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado de doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva como madre de la niña Carla Monique See Aurish en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores;
- 3. DISPUSO** la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre Carla Monique See Aurish en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores;
- 4. DISPUSO** la rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre hoy en adelante es como sigue "Daniela Mendoza See", conforme lo dispone el artículo 20° del Código Civil. (...)

ANEXO 07

SENTENCIA N° 4: PERÚ MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN EXCEPCIONAL

CASACIÓN: INFUNDADO. NO SE HA INFRINGIDO NORMA ALGUNA, YA QUE DEBE PRIMAR EL ÍTERES SUPERIOR DE LA NIÑA, LA CUAL SE ENCUENTRA VIVIENDO CON LOS PADRES PRE - ADOPTANTES EN UN ADECUADO AMBIENTE FAMILIAR. MÁS AÚN SI LOS DEMANDANTES HAN DEMOSTRADO EL POCO VALOR POR LA VIDA, AL HABERSE BENEFICIADO ECONOMICAMENTE CON LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL A FAVOR DE DE LOS DEMANDADOS.

DEMANDANTE	DINA FELICITAS PALOMINO QUICAÑO Y GIOVANNI SANSONE.
DEMANDADO	ISABEL ZENAIDA CASTRO MUÑOZ.
MATERIA	ADOPCIÓN (EXCEPCIONAL) DE MENOR.

PALABRAS CLAVE: CASACIÓN. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PRUEBA DE ADN. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. VIENTRE DE ALQUILER (MATERNIDAD SUBROGADA). ESTADO DE ABANDONO (DE MENOR). ADOPCIÓN. ADOPCIÓN EXCEPCIONAL. DELITO DE EXTORSIÓN. DELITO DE ALTERACIÓN DEL ESTADO CIVIL (DE MENOR).

CAS. N° 563-2011 LIMA.

(Publicado: 3-07-2012)

CAS. N° 563-2011 LIMA. Lima, seis de diciembre de dos mil once.- LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres - dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaída Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor **Vittoria Palomino Castro**, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaída Castro Muñoz, sobre adopción de menor.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró **procedente** el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, **respondió:** *"debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia".* -

DUODÉCIMO. - Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien si es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor: aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte: debe declararse infundado el recurso. -

4.- DECISIÓN: Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz: en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS. DE VALDIVIA CANO, HUAMANI LLAMAS, PONCE DE MIER, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO

NOTA: La sentencia ha sido modificada estructuralmente, para mejor comprensión de los alumnos de pregrado.

ANEXO 08



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL



EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
JUEZ : HUGO VELASQUEZ ZAVALA
ESPECIALISTA : RAULTAIBE SALAZAR
DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS
DEMANDADO : RENIEC
MATERIA : PROCESO DE AMPARO

SENTENCIA

RESOLUCION: 05
Lima, 21 de febrero del 2017

VISTOS.

Asunto:

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

ANTECEDENTES.

De la demanda: Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, "los menores") y al principio superior del niño y, en consecuencia:

1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.

2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.

3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte

de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

2. Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo **reconocimiento**; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva **rectificación**. Tras ello, el RENIEC declaró **improcedentes** ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

5 La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

5.1. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. Nieves-Ballesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores.

5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables.

6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

Trámite de la demanda:

Mediante resolución 01, de fecha 30 de junio del 2016- folio 172 a 176-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte a la parte demanda.

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David

- Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva: De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: *"Todos tienen derecho a la protección de su salud"*. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que *"ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva"* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

"La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo" (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

Por eso es que el Comité concluye que *"el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad"* (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: *"... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia"* (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

SETIMO: En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: *“La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”* de donde concluye la Corte que *“... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...”* (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, *“el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...”* (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, *“el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva **EL DERECHO A ACCEDER A LOS MEJORES SERVICIOS DE SALUD EN TÉCNICAS DE ASISTENCIA REPRODUCTIVA, Y, EN CONSECUENCIA, LA PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS** de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”* (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una

familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides).

Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre. **De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.**

OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano: Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada "maternidad subrogada" estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos" (énfasis agregado).

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una *interpretación a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que

“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”²

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la **identidad** de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar **los nombres**, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas

² PLÁCIDO, Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

DECIMO TERCERO: La parte demandada debe pagar costos.

DECISIÓN:

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200º inciso 2º de nuestra Constitución y 1º del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

- 1.- **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
4. Con costos.
5. Notifíquese en el día.

partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

DECIMO TERCERO: La parte demandada debe pagar costos.

DECISIÓN:

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200º inciso 2º de nuestra Constitución y 1º del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

- 1.- **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
4. Con costos.
5. Notifíquese en el día.

ANEXO 09

PODER JUDICIAL



DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 – 2006 – 00113.
Especialista : María Ida Torres Yupanqui.
Demandante : Carla Monic See Aurish.
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.
Materia : **IMPUGNACION DE MATERNIDAD.**
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero

Del dos mil nueve.-

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: **I)** Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y **II)** Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: **1)** Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; **2)** Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... *riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones...*" enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

Página 1 de 13

Dra. NANCY CORONEL AQUINO

JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LIMA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Artículo 409° establece "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo." supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico; **Cuarto:** A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento jurídico positivo con el devenir del tiempo se esta quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica- biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones facticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional "**El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.**", lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin ingerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros mas consagrados en los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6° del mismo Código, y Artículos 3°, 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 3 de Agosto de 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe "**Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.**"; **Quinto: DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS:** Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos lo siguiente: Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich; **Sexto: DE LA MATERNIDAD:** Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, "**madre es la mujer que ha dado a luz uno o mas hijos**", y en tal sentido, según el Derecho Romano "**mater semper certa est etiam si vulgo conceperit**", es decir "**la maternidad será siempre cierta con el solo ver a una mujer gestante y después, con el infante en brazos**", concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada "reprogenética" ha quedado obsoleto; tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad; Que en efecto,

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: 1) La inaplicación del Artículo 395° del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política; 2) Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y 3) Haber dispuesto de oficio, pese ha no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "*Ultra y Extra Petita*", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "*la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales*" conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.-

PODER JUDICIAL

Dr. Pineda
13° Juzgado Penal de la ciudad de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

Dr. Tupac Yupanqui Rosas
Especialista Legal
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA